Glig. 86-X



POR EL CAPITAN

D. CHRISTOVAL MARRVFO, CAVA-
llero de la Orden de Calatraua, vezino de la
ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO.

CON EL CAPITAN D. FRANCISCO
Marrufo de Negron, vezino, y Regidor de
la dicha ciudad.

SOBRE LA RESTITVCION DE vna isleta de casas en la plaçuela que llaman de los Marrufos de dicha ciudad, sus frutos, y rẽtas procedidos dellas, que el dicho D. Francisco possee.

En Granada, en la Imprenta Real, por Francisco
Sanchez, en frente del Hospital de Corpus
Christi. Año de 1662.

N. 1. 

VNQVE en la reuista deste pleyto se hizo ajustada relacion por el Licenciado don Iuan de Valdès, Relator del, sin embargo, para mayor claridad, y inteligencia de la pretension del dicho don Christoual pondrè la parte ajustada a los autos del hecho que la justifica, afectando la breuedad possible, assi en este particular, como en los fundamentos de derecho que le assisten.

2 ¶ Es constante, y sin controuersia en el hecho, que el Capitan Christoual Marrufo, cuyas fueron las casas sobre que se litiga, estuuo casado con doña Margarita Soberanis, de cuyo matrimonio tuuieron, y procrearon por sus hijos legitimos a don Pedro Marrufo, hijo mayor, padre del dicho Capitan don Christoual Marrufo, nuestra parte, y al dicho Capitan don Francisco Marrufo de Negron, la contraria, y a doña Catalina Marrufo.

3 ¶ Es tambien constante, que los dichos Capitan Christoual Marrufo, y doña Catalina Soberanis, abuelos del dicho don Christoual, y padres del dicho Capitan don Francisco Marrufo de Negron, en nueue de Setiembre de 1599. hizieron escritura de donacion, y vinculo a fauor de don Pedro Marrufo, padre de nuestra parte, de ciertos bienes rayzes, y entre ellos de las casas de su morada, como consta de la escritura de donacion en los autos presentada.

4 ¶ Tambien es sin duda, que el dicho don Pedro Marrufo casò con doña Maria de Villauicencio, y de su matrimonio tuuieron por su hijo legitimo al dicho don Christoual Marrufo, nuestra parte, el qual naciò, y se Bautizò en quinze de Otubre de 1603.

5 ¶ Es pretension de nuestra parte, y en

que

que consiste toda la dificultad del pleyto, que al tiempo, y quando el dicho Capitan Christoual Marrufo casò al dicho don Pedro Marrufo su hijo, y padre de nuestra parte, cediò, y donò la dicha isleta de casas, sobre que se sufre este pleyto, y que con este titulo las tuuo, y posseyò, arrendandolas como suyas propias, y percibiendo sus alquileres, conque son dos donaciones las que se le hizieron al dicho don Pedro.

6 ¶ El qual hallandose grauado de vna enfermedad diò poder al dicho Capitan Christoual Marrufo su padre para que testasse, y para que la hazienda que pareciere ser suya se vinculasse, y juntasse con el vinculo que el dicho su padre le auia hecho, que es el que queda referido, y que todo junto lo heredasse el dicho Capitan don Christoual Marrufo su hijo.

7 ¶ Muerto el dicho don Pedro, en virtud del poder referido, y vsando del, en veynte y dos de Abril del año de 1605. el dicho Capitan Christoual Marrufo otorgò testamento por su hijo, y haze la agregacion de los bienes que parecieron ser del dicho su hijo al vinculo referido, y a fauor de su nieto nuestra parte.

8 ¶ Y por auer quedado nuestra parte de edad de año y medio, y por tutor, y curador suyo el dicho su abuelo, se entrò en todos los bienes, y los administrò, y gozò, como su tutor, y entre ellos en la isleta de casas, sobre que se litiga, que al tiempo que el dicho don Pedro casò se le auia dado, y donado, y los estuuo posseyendo hasta el año de 1615. en que muriò.

9 ¶ Por Otubre de 1614. el dicho Christoual Marrufo, abuelo de nuestra parte, otorgò su testamento, debaxo de cuya disposicion muriò, en el qual encarga a sus herederos partan igualmente su hazic̃da, y q̃ se quitẽ de pleytos, y dissenciones.

10 ¶ Y entre los bienes que señala por suyos son vnas casas frontero de las principales, linde con casas de Pedro Larrea, libres de todo tributo,

buto, las quales es pretension de la parte contraria son las deste litigio.

11 ¶ Esto supuesto, es pretension de nuestra parte, que por auer quedado menor de edad el dicho don Francisco Marrufo su tio se entrò en todos sus bienes, derechos, y acciones, y entre ellos en la dicha isleta de casas, y que los administrò, gozò, y percibiò todos sus frutos, y rentas todo el tiempo que nuestra parte estuuo en seruicio de su Magestad.

12 ¶ El dicho don Francisco Marrufo, en nueue de Abril de 1659. otorgò su testamento, y por vna clausula del, que es del tenor siguiente, declarò:

13 ¶ *Que vna isleta de casas que està en aquella ciudad, en la plaçuela de los Marrufos, que quedaron por fin, y muerte del Capitan Christoual Marrufo su padre, de cuyos frutos ha gozado desde que muriò, son, y pertenecen al Capitan don Christoual Marrufo su sobrino, por legitima de don Pedro Marrufo su padre, y hermano del otorgante, y como bienes sueltos que para ello quedaron, porque los que ha lleuado son vinculados, y assi manda se le buelvan enteramente, como cosa que le pertenece, puesto que quando el las recibiò tenian poco valor, y con el tiempo, y reparos que les ha hecho tienen entonces aumentos, por lo qual encarga al dicho su sobrino, que por el acrecentamiento que tienen se aya bien con sus primas, hijas, y herederas del otorgante, dandoles alguna refaccion, por quedar pobres.*

14 ¶ En diez y siete de Agosto del año de 1657. el dicho don Francisco Marrufo, en presencia del escriuano, y testigos pareciò, y al margen del dicho testamento original otorgò: *Que lo reuocaua, y reuocò en todo, y por todo, para que no valga en juyzio, ni fuera del, ni ninguna de las clausulas en el puestas, esto sin embargo de otra reuocacion, que del dicho testamento, y todo lo en el contenido hizo ante Sebastian Perez, escriuano publico*

blico que fue de la dicha ciudad, en dos de Mayo de 1649. y lo pidiò por testimonio, y que el escriuano, si le pidieren alguno de lo en el contenido, lo diesse con esta anotacion.

15 ¶ Y por testimonio dado por Rafael de Miranda, escriuano publico de Cadiz, sucessor en los papeles, y oficio de Sebastian Perez, consta, que en dos de Mayo de el dicho año de 1649. el dicho don Francisco Marrufo otorgo escritura de reuocacion del dicho testamento, y sus clausulas, sin reseruar ninguna, para que no valiessen, ni hiziessen fee.

16 ¶ Y el dicho dia dos de Mayo presentò el dicho don Christoual Marrufo peticion ante la justicia de la dicha ciudad, haziendo relacion de lo contenido en la clausula referida de el testamento que otorgò el dicho don Francisco Marrufo, y de como al tiempo de su otorgamiento se auia hallado presente delante de algunos testigos, pidiò, que para que en todo tiempo cõstasse de lo dispuesto en ella, el presente escriuano le diesse vn traslado autorizado. Y auiendose contradicho por parte del dicho don Francisco, por la justicia de la dicha ciudad se denegò el testimonio pedido, y se quedò en este estado.

17 ¶ Y en diez de Febrero de 1650. la dicha doña Catalina Marrufo, tia de nuestra parte, y hermana de la contraria, por vn codicilo que otorgò dize, que por discargo de su conciencia, y en la mas bastante forma que puede, y aya lugar en derecho, declara: *Que la possession de casas pequeñas que estàn en la plaçuela que llaman de Christoual Marrufo* (que son las deste litigio) *en que ay ocho casas en toda la possession, es propia del Capitan Christoual Marrufo su sobrino, que las huuo, y heredò por legitima paterna de don Pedro Marrufo su padre, y assi se lo oyò la otorgante siempre a sus padres, y siempre ha tenido, y tiene por propia toda la dicha possession de casas de el dicho don Christoual por herencia de su padre, y no por del*

Capi-

Capitan don Francisco Marrufo, hermano legitimo de la otorgante, el qual las goza sin titulo alguno que legitimo sea, y assi por descargo de la conciencia de la otorgante, para que en todo tiempo conste desta verdad, lo declaraua, y declarò, y a mayor abundamiento jurò a Dios, y a vna Cruz que hizo, de que es cierto, y verdadero, en presencia del escriuano ante quien otorgò este codicilo.

18 ¶ En catorze de Agosto de 1657. el dicho don Christoual Marrufo, ante la justicia de Cadiz presentò peticion diziendo, que por fin, y muerte del dicho don Pedro Marrufo su padre auian quedado por bienes propios suyos vna isleta de casas, que eran ocho, en la plaçuela que llaman de Christoual Marrufo, que la vna de ellas posseìa el, y le servia de cochera, y pidiò la possession de las demas, auida informacion, que ofrecia por el remedio de la ley de Soria.

19 ¶ La qual possession, auiendose contradicho por parte del dicho don Francisco, por ciertas razones que alegò. Concluso el pleyto, se proueyeron autos por el Alcalde mayor de dicha ciudad, y el Licenciado don Iuan de Herrera Pareja, Abogado en esta Corte, por los quales declararon no auer lugar la possession pedida de la dicha isleta de casas, y ampararon al dicho don Christoual Marrufo en la possession que tenia de la cochera.

20 ¶ De los quales autos, auiendose apelado por nuestra parte a esta Corte por caso de ella, puso su demanda de reivindicacion de la dicha isleta.

21 ¶ En la qual pidiò se le restituyesse con los frutos, y rentas que huuiessen rentado, ò podido rentar desde el tiempo que sin titulo alguno se auia entrado en la possession el dicho don Francisco Marrufo, por auerlo assi declarado en su testamento, conforme a la clausula referida, y assimismo la dicha doña Catalina Marrufo en la suya.

Y por

22 ¶ Y por auerselas donado, y cedido el dicho Capitan Christoual Marrufo a don Pedro Marrufo su hijo, y padre de nuestra parte, con cuyo titulo las tuuo, y posseyò como suyas propias, percibiendo sus alquileres.

23 ¶ Lo qual alegado, y articulado se prouò con tres testigos, que deponen de vista en la conformidad referida, y con otros muchos de oydas.

24 ¶ Y porque por muerte de el dicho don Pedro Marrufo quedò nuestra parte de edad de vn año en la tutela de su abuelo, como queda referido, que se entrò en sus bienes, derechos, y acciones, gozandolo, y percibiendo sus frutos, en lo qual van corrientes todos los testigos de las prouanças.

25 ¶ Y porque auiendo muerto el dicho Capitã Christoual Marrufo, y quedado nuestra parte en la menor edad, el dicho don Francisco su tio, como hombre poderoso, se entrò en todos los bienes, y entre ellos en la dicha isleta de casas, lo qual deponen siete testigos contestes, y otros de oydas.

26 ¶ Y porque al tiempo, y quando hizo la declaracion el dicho don Francisco en la clausula referida se hallò nuestra parte presente, y la acetò, y diò las gracias à su tio, lo qual lo deponen de vista muchos testigos que se hallaron presentes al otorgamiento, que assimesmo deponen estaua con su entero juyzio, y capazidad quando lo otorgò.

27 ¶ Y el Padre Iuan de Ardinez, Religioso de la Compañia de IESVS de señor Santiago de la ciudad de Cadiz, depone, que yendo por el año passado de 1640. ò 41. con el Padre Francisco de los Cameros (que ya es difunto) a visitar al D. Francisco, que estaua malo de tabardillo, en la conuersacion que tuuieron con el susodicho, dixo: Yà tengo otorgado testamento (y este es otro distinto de el que queda hecho rela-

cion)

cion) y en el he declarado, que la isleta de casas (sobre que es este pleyto) le toca a don Christoual Marrufo mi sobrino, y le pidiò a este testigo, que se lo dixesse lo que dexaua dispuesto en el testamento, y que lo auia otorgado ante Diego de So o, escriuano publico de aquella ciudad, y que le pedia le perdonasse los reditos de las dichas casas, por no hallar con que satisfazerselos, y quedar sus hijas pobres.

28 ¶ Y queriendo salir este testigo con el dicho Padre Francisco de los Cameros su compañero, para yr a dar el recaudo a el dicho don Christoual, lo encontrò en la escalera de dicha casa, subiendo hàzia arriba, en ella le refiriò lo que el dicho don Francisco le auia dicho, y que le respondiò, que le daua las gracias a su tio por auer hecho la dicha declaracion, y que no le diera cuydado de los reditos, que se los perdonaua de muy buena gana, y con mucha voluntad, y que este testigo subiò, y q̃ se lo dixo al dicho don Francisco, con que quedò muy consolado por la diligencia que auia hecho por el.

29 ¶ Y assimismo depuso, que el dicho testamento otorgado el año de 40. ò 41. se auia dicho publicamente en aquella ciudad, que el dicho don Francisco lo auia roto.

30 ¶ Y assimismo depuso, que auia oydo dezir a las hijas del dicho don Francisco, que la dicha isleta de casas le pertenecia a su primo don Christoual, y que no tenia razon su padre de posseerlas, si no restituyrlas.

31 ¶ Y esto mismo se comprueua con la deposicion de dos testigos, que deponen de auer oydo dezir a don Christoual Marrufo, hijo del dicho don Francisco Marrufo, que todas las vezes que se embarcaua en la Armada Real para hazer viage, dexaua declarado por discargo de su conciencia, que la dicha isleta de casas le tocaua, y pertenecia a su primo don Christoual Marrufo, nuestra parte, y que assi, si muriesse en qualquiera

quiera de los viages, era su voluntad, que se le restituyesse por la parte que le tocaua.

32 ¶ Y Andres de Aguinazo depone, que el dicho don Francisco le dixo, que si queria yr a su casa a buscar vnos papeles, que necessitaua dellos, porque este testigo, como oficial de la pluma, lo entenderia mejor que el; y auiendo ydo dos, ò tres mañanas, vna dellas, andando buscando los papeles que le auia dicho, encontrò vn pliego de papel, que començaua en forma de testamento, y auiendolo abierto, viò, que era testamento, y que parecia auerse otorgado por el año de 1639. ò 40. ante Diego de Soto, escriuano, y que en el viò vna clausula que dezia: *Item declaro, que vna isleta de casas que està en la plaçuela que llaman de los Marrufos, que he posseydo de algunos años a esta parte, son, y pertenecen al dicho don Christoual Marrufo, por auer sido bienes de su padre; y que antes de acabar de leer la dicha clausula el dicho don Francisco le quitò el pliego, y lo rompiò, diziendo: Por aqui me quieren entrar; y que este testigo no reparò si era traslado, ò original.*

33 ¶ Lo otro, porque a el tiempo, y quando muriò el dicho don Pedro Marrufo, padre de nuestra parte, quedò de vn año, y estuuo en casa de su abuelo, el qual auiendo muerto, siendo toda via nuestra parte menor de edad, se fue a la guerra, y en este tiempo el dicho su tio se entrò en todos sus bienes, y en la dicha isleta de casas, y en los papeles, y titulos que tenia, en que vàn corrientes todos los testigos.

34 ¶ Y lo otro, porque el dicho don Francisco no ha hecho mejoramientos algunos en las dichas casas de la isleta, ni aumentadolas, ni hecho quarto alguno nueuo, si no algunos reparos, para gozar, como ha gozado, de la renta de ellas, en que vàn corrientes veynte y dos testigos, los dos maestros de albañileria.

35 ¶ Y porque las dichas casas han rentado, y podido rentar vn año con otro 430. ducados,

dos, por tener en aquella ciudad mucho valor los arrendamientos, y en particular por el sitio en que estàn; y de quinze testigos que deponen en esta pregunta, los ocho liquidan los 430. ducados, cinco 400. ducados, vno 330. y el otro no liquida, si no depone, que estàn en buen sitio, y que ganan mucho.

36 ¶ La qual dicha demanda contestada se recibiò a prueua, y se prouò por nuestra parte lo que queda referido en ella, que se puso para q̃ fuesse cõ mayor claridad, y distinciõ, y se supiesse lo que estaua prouado. Y concluso este pleyto, se pronunciò sentencia por los señores Presidente, y Oydores, por la qual se condenò al dicho D. Francisco a q̃ restituyesse, y boluiesse al dicho D. Christoual Marrufo los ocho pares de casas en la dicha plaçuela de los Marrufos, con los frutos, y rẽtas q̃ han rentado, y rentaren desde el año passado de 1615. hasta la real restitucion, a razon de a cien ducados en cada vn año. Y en quanto a las mejoras, y reparos de dichas casas, se mandò se compensassen con los demas frutos que huuiesse percebido.

37 ¶ De la qual sentencia, auiendose suplicado por parte de el dicho don Francisco, y ofrecidose a prouar, en cuya prouança se ratificaron los testigos que nuestra parte tenia presentados. Tachò algunos el dicho don Francisco, que por no ser de consideracion sus tachas se omiten. Y estando en poder del Relator para verse en reuista, se presentaron algunos papeles por su parte, y por la nuestra, que omito la relacion, porque se pondrà a su tiempo.

38 ¶ Esta es la verdad ajustada a los autos, cuya relacion no ha podido ser mas breue, por ser este pleyto de mucho hecho.

39 ¶ La pretension de nuestra parte es, que se ha de confirmar la sentencia en quanto a la restitucion de las casas, y que se ha de suplir en quanto a la restitucion de rentas, condenando al

dicho

dicho don Francisco a que restituya los 430. ducados que han rentado, y podido rentar, como los tiene liquidados, sin hazerse compensacion con las mejoras, por no estar prouado las ha hecho.

40 ¶ La justicia desta parte diuidirè en dos puntos. En el primero se prouarà, como la reivindicacion que tiene intentada de la dicha isleta està justificada, y prouada por todos los medios, y requisitos que pide el derecho, y este punto, para mayor inteligencia, se subdiuidirà en articulos, en que se ponderaràn los particulares de la prouança que justifica la pretension de nuestra parte; y assimismo en ellos se responderà a las objecciones que se les hazen de contrario.

41 ¶ En el segundo punto, que por ser posseedor de mala fee el dicho don Francisco de la dicha isleta de casas, deue con ellas restituyr todos los frutos, y rentas que nuestra parte tiene liquidados, que ha percebido, ò podido percebir desde el dia que sin titulo legitimo que tuuiesse se introduxo en la posessión dellas, y que no se han de compensar algunas con los reparos que pretende auer hecho, por no estar prouados.

ARTICVLO PRIMERO DEL *primero Punto.*

42 PARA que legitimamente se intente la reinvindicacion, entre otros requisitos son dos los essencialissimos. El primero, que el que la intenta tenga el dominio de la cosa vindicada, que lo aya adquirido, ò por el derecho de las gentes, ò por el derecho ciuil, ex text. in l. in rem actio 23. ibi; *In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure ciuili dominium acquisiuit, ff. de rei vindic. l. doce ancillam 12. C. eod. tit. l. 25. tit. 2. part. 3.* Paz *in praxi, tom. 3. §. 3. nu.* 4. Pichard. *in §. omnium* 1. vers. *Aut cum eo agi instit. de actionib.*

El

43 ¶ El segundo es, que la persona contra quien se intenta la dicha accion, possideat, quomodocumque, aut detineat, para que la aya de restituyr, text. *in l. officium 9. ff. de rei vindicat.* ibi: *Vt iudex inspiciat an reus possideat, neque ad rẽ pertinebit, ex qua causa possideat*, & in vers. *Puto autẽ*, ibi: *Puto autem ab omnibus qui tenent, thabent restituendi facultatem, peti posse, l. vnic. C. de alienat. iudicij mutandi causa, cap. examinata de iudicijs, l. 25. titul. 2. part. 5.* Minsinger. Othoman. & alij quos citat Paz *in dict. loco, & §. num. 12.*

44 ¶ Con estos dos requisitos intentò nuestra parte, por caso de Corte, la reivindicacion; pues en quanto a la possession no es dudable, pues la confiessa la parte contraria, y se mandò amparar en ella en el juyzio intentado por nuestra parte de la possession por el remedio de la ley de Soria.

45 ¶ Y en quanto a que nuestra parte tuuiesse el dominio de la dicha isleta, se comprueua por el que se le trasfiriò por la donacion que el Capitan Christoual Marrufo hizo de la dicha isleta de casas a don Pedro Marrufo, su hijo mayor, al tiempo, y quando contraxo matrimonio, para que sustentasse las cargas de el, que es vno de los titulos, y modos con que por el derecho ciuil se transfiere el perfecto, y verdadero dominio, mediante la tradicion (como por nuestra parte està prouado, y mas latamente se irà discurriendo en la comprouacion desta donacion) Anton. Gom. *2. tom. variar. cap. 4. num. 1.* vers. *Traditione*, ibi: *Primò modo traditione rei. Secundò modo promissione. Traditione, quando nulla praecedente promissione, vel obligatione, quis tradit rem suam alteri causa donationes, quia tunc statim valet, & proficitur donatio, & transit dominium, & plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, & causa donationis, &c.* Mantic. *libr. 3. de tacit. & ambig. convent. cap. 4. ex num. 17.* Lesius *de iustit.*

& iure,

& iure, lib. 2. cap. 18. dubit. 2. num. 11. Molin. *de instit. & iure, tom. 2. disput. 28. num. 2.*

46 ¶ Y por muerte de el dicho don Pedro, entre los bienes, acciones, y derechos que heredò nuestra parte, como su hijo, fue la isleta de dichas casas, de que se le continuò el dominio, ex vulgari text. *in l. cum heredes instituto summus 22. ff. de acquir. posses. l. in suis 11. cum materia, ff. de liberis, & posthum.* de qua latissimè, & elegantissimè D. D. Ioseph Vela *tom. 1. dissert. 11. per tot.* Con que queda legitimada la persona de nuestra parte, pues no se duda de ser hijo del dicho don Pedro, y nieto de el dicho Capitan Christoual Marrufo.

47 ¶ El qual tampoco se duda que tuuiesse el dominio al tiempo, y quando hizo la dicha donacion, pues la parte contraria confiessa, que fue la dicha isleta de su padre, y que con esse titulo la està el posseyendo por la parte de su legitima, sin el qual requisito de tener el dominio no pudiera consistir la donacion, ex Bart. *in l. emptor fundi, ff. per emptore*, Oldrald. *in cons.* 164. Alexand. *in cons. 57. num. 2. vol.* 6. & alij quam plurimi, quos congerit Mascard. *de probat. vol. 1. conclus. 563. num. 6.*

48 ¶ Y aunque de contrario se pudiera oponer, que dado caso que se huuiesse hecho la dicha donacion con las solemnidades que se requieren, no podra consistir, por auer sido hecha de padre a hijo, donacion reprouada por derecho, ex text. *in l. 2. C. de inofficios. donat.* text. *in l. cum de bonis, C. de donation.* text. *in l. cum res, eod. tit.* text. *in l. donationes quas parentes, C. de donat. inter virum, & uxorem*, text. *in l. si donatione, C. de collation. l. 1. §. si pater, ff. pro donato, l. Pomponius Philadelphus, ff. familia erciscunda, l. 4. & 5. tit. 11. part. 3. & l. 4. tit. 15. part. 6.*

49 ¶ *Cuius rei ratio est, quia in ipso instanti praedicta donatio, & eius virius, & effectus re acquireretur patri ratione patria potestatis*, per

regul.

regul. text. *cum materia*, *in l. placet*, *ff. de acquir. hæredit. Ideòque non valet, quia videretur pater sibimet donari, & obligari*, Anton. Gom. *tom. 2. variar. cap. 4. num. 25.* Dom. Anton. Pichard. *relect. ad vtrum de acquir. hered. cap. 15. num. 44.* Alvarad. *de coniectura ta mente defuncti, lib. 3. cap. 2. §. 1.* Cancer. *variar. 1. part. cap. 8. ex num. 85. & 3. part. cap. 21. num. 105.* Matienç. *in l. 1. tit. 6. lib. 5. Recopilat. glos. 3. nu. 1.* Narbon. *in 3. partem Recopilat. l. 39. tit. 3. lib. 1. glos. 1. num. 9.*

50 ¶ Sin embargo, aunque lo referido corria por la disposicion del derecho comun, quando simpliciter fiebat donatio, esta regla, patitur aliquas exceptiones, videlicèt, si traditio sequuta fuit, & voluntas perseuerat vsque ad mortem, qua confirmatur donatio, ex text. *in l. cum materia donationes, quas parentes, C. de donat. inter virum, & vxorem*, como intervino en nuestra donacion; pues deponen los testigos, que posseyò la dicha isleta el padre de nuestra parte, percibiendo sus frutos, y rentas, quod non fieret si traditio non interveniret, y no parece por contraria voluntad, que el dicho Christoual Matrufo la huuiesse reuocado, *l. 4. tit. 15. part. 6.* Anton. Gom. *in l. 17. Taur. nu. 3.* Angulo *de meliorat. l. 1. glos. 1. num. 2. & 3. & 7.* Surd. *de aliment. tit. 9. quæst. 2. num. 8.* Molin. *de iustit. & iure, tom. 2. disput. 243. num. 1.* Auend. *in l. 44. Taur. glos. 9. num. 1.* Cancer. *variar. part. 1. cap. 8. num. 52. & 53.*

51 ¶ Y aunque se huuiera reuocado la dicha donacion, nullius momenti erat, por auer intervenido la tradicion, ex text. *in l. 17. Taur.*

52 ¶ Secundò casu limitatur, quando fauore matrimonij, quod de proximo est contrahendum, facta fuit donatio, como sucediò en nuestra donacion, pues se hizo para efectuarse el dicho matrimonio con el padre de nuestra parte, text. *in l. Pomponius Philadelphus, ff. familiæ erciscundæ*, Tello Fernandez *in dict. l. 17. Taur. num. 70.* Auend. *in dict. l. 74. Tauri, glos. 16. num. 1.* Vi-

cent.

cent. de Franch. *decis.* 205. & 436. *num.* 7. Anton. Fab. *in suo C. lib.* 8. *tit.* 25. *de donat. diffinit.* 1. Matienç. *in l.* 1. *glos.* 8. *num.* 2. & 3. *tit.* 6. *libr.* 5. *noua Recopilat.* Angulo *l.* 9. *glos.* 3. *à num.* 13. *tit.* 6. *eod. lib.* 5. Barbos. *in l.* 1. *ff. solut. matrim. part.* 7. *nu.* 30. vers. *Pro qua sententia,* & *num.* 31. vers. *Pro concordia.* Y consiguientemente esto se corrobora *cum dict. l.* 17. *Taur.* que habla en este mesmo caso.

53 ¶ Y aunque de contrario se puede oponer asimismo, que dado caso que la donacion fuesse valida, attamen, no pudo consistir, por no constar, que se insinuasse, excediendo, como excede de los 500. solidos, por ser de mayor valor la isleta de casas, ex text. *in l. pen. vers. fin. C. de donat.* & *l.* 8. *tit.* 4. *part.* 5. Anton. Gom. 2. *tom. variar. cap.* 4. *num.* 5. *vers. Item quaero*, cum alijs multis congestis ab Ayllon, in Addit. ad Anton. Gom. *in hoc num.*

54 ¶ Vt in terminis de donacion de padre a hijo para efecto de contraer matrimonio, Octauius Corsetus *cons.* 29. *per totum.*

55 ¶ His nõ obstantibus in dicta donationes insinuationem non requiri verissimum est, ex Bald. *cons.* 351. *n.* 3. Iason *cons.* 171. Tiraq. *de reuoc. donat.* verb. *donatione largitus, num.* 44. Tusch. *litter. D. conclus.* 649. *nu.* 89. Ludouis. Rot. *decis.* 566. *nu.* 12. Montier. *decis.* 10. *num.* 7. Surd. *cons.* 214. *num.* 16. Menoch. *cons.* 261. *num.* 9. Molin. *in repertor.* verb. *insinuatio, num.* 2. Fontanelo *de pactis nuptial. claus.* 4. *glos.* 29. Fabero *C. de insinuand. donat. diffinit.* 2.

56 ¶ La razon es: *Quia simplex donatio non est, sed pars contractus matrimonij,* & *confunditur cum ipso, vt idem contractus censeatur,* Gratian. *discept.* 297. *num.* 6. & 7. Hieronymo de Leon *decis.* 137. *num.* 13.

57 ¶ Y en particular quando dona el padre al hijo, certi matrimonij ratione, cum certa persona contrahendi, como en nuestro caso, pues

se hizo para que efectuasse el matrimonio con el dicho don Pedro Marrufo, padre de nuestra parte, y doña Maria de Villauicencio, como lo deponen los testigos, Marij Giurb. *in obseru. Messanens. obseru.* 38. *num.* 12.

58 ¶ El qual responde al consejo de Octauio Corseto, contrarius existimantis, diziendo en el núm. 13. *Non obstat Corseti consilium* 29. *quia nullas constituit differentiam inter incertum, & certum matrimonium, sed ab hac distinctione regulari debet.* Y la distincion con que concilia estas opiniones es, quando donatio fuit facta causa incerti matrimonij cum incerta persona, quod tunc insinuatis requiratur, non verò est contra, vt dictus est, quod apud ipsum videre est, in dict. obseruat.

59 ¶ Pero toda esta disputa cessara si el dicho don Francisco no huuiera ocultado todos los papeles que justifican la pretension de nuestra parte, pues no es dudable entre ellos se hallara la dicha escritura de donacion, ò escritura de capitulaciones matrimoniales, por donde constarà con euidencia auer interuenido todas las solemnidades necessarias; y que los ocultasse no padece duda, pues se entrò en todos los bienes, y acciones, y papeles de nuestra parte, assi por quedar menor, como por auerse ausentado siruiendo a su Magestad en la guerra, como lo tiene prouado con mucho numero de testigos.

60 ¶ Con que respeto de los fundamentos referidos, y con el justo titulo de donacion, legitimamente tiene intentada su reiuindicaciõ, sin que le pueda obstar el no presentar el instrumento de donacion, assi por la razon que queda referida en el numero antecedente.

61 ¶ Como porque para la subsistencia de dicha donacion no es requisito necessario, quod in scripturam redigatur, pues por testigos se puede prouar en defecto della, vt colligitur ex notatis, *per glossam Magistralem, in cap.* 1. §. *postquam*

quam autem de censibus in 6. verbo, *inscriptis*, & ibi Petrus de Ancharrano, Paulus de Castr. *cons. 75. num. 3. & seqq. volum. 2.* Bertrand. *cons. 89. num. 2. & cons. 208. num. 3. vol. 2.* Mascard. *de probat. conclus. 563. num. 1.* cuyas autoridades hablan en terminos de donacion.

62 ¶ Ratio oritur ex dispositione text. *in l. in exercendis 15. C. de fide instrument.* ibi: *In exercendis litibus eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*, quam rationem probant etiam Gregor. Lopez *in l. 115. glos. 7. tit. 18. part. 3.* Tiraquell. *de retract. lignag. § 4. glos. 1. num. 10.* Paz *in practica, tom. 1. part. 1. tempor. 8. n. 7.* Mascard. *de probat. lib. 1. in proœm. quæst. 6. & conclus. 1095. num. 3. & conclus. 1041. num. 8.* Gregor. Lopez Madera *in discursibus Montis Sancti Granatens. cap. 6.* Augustin. Barb. *in collectan. ad dictam legem*, alios quam plurimos referens.

63 ¶ Et tam indubitanter currit hæc propositio, que el Romano Pontifice Inocencio III. *in cap. cum Ioannes de fide instrument.* no solo se contentò con la paridad, si no que le diò aun mas credito a la deposicion de los testigos, que a la verdad de los instrumentos, ibi: *Quia etsi eandem vim obtineant instrumentorum fides, & depositiones testium, in litibus exercendis, non tamen quodlibet instrumentum tanti debet esse momenti, vt tertium, vel plurium idoneorum testium depositionibus præferatur.*

64 ¶ Dom. Preses Couarr. *cap. 20. num. 6.* ibi: *Prima conclusio instrumentum publicum, etiam cui fuere plures testes inscripti poterit duobus tantum fidedignis, omnique exceptione maioribus, quoad eius seriem improbari, licet ij testes non sint ex illis, qui descripti sunt in eodem instrumento.*

65 ¶ De que resulta no ser de requisito essencial, que se aya de reduzir la donacion a escritura para su validacion, pudiendose prouar por testigos (como queda referido) a quien se les

 con-

concede mayor autoridad que a los instrumentos, y consiguientemente, que por todos medios està legitimamente intentada la reivindicacion.

66 ¶ Estas doctrinas se han referido en quanto a la escritura, porque parece, que se echò menos en la reuista deste pleyto.

67 ¶ *Sed cum vnum disponitur, & alterum supponitur non procedit dispositio, nisi prius appareat suppositio*, Dom. Salgad. *in Reg. protect. part. 1. cap. 2. num. 68.* no parece, quod habemus intentum, nisi probata fuerit donatio, pues hasta aora hemos hablado en suposicion de que estè prouada la donacion, y assi que lo està, ex sequentibus apparebit.

ARTICVLO SEGVNDO.

68 SVPPOSITO, quod per depositiones testium donatio probari possit, vt dictum est, y que para ello sea suficiente el numero de dos, ò tres testigos, Bertrand. *cons. 208. vol. 2. num. 3.* ibi: *Quod si de donatione deponant sufficienter duo, aut tres testes, debet illa per eos probabitur fuisse facta, l. vbi numerus*, & quod ibi glos. *ff. de testibus*, Paul. de Castr. *cons. 75. num. 2. vol. 2.* ibi: *Et sic perdito instrumento* (hablando en terminos de donacion) *non annullatur contractus, imò per testes potest probari, &c.*

69 ¶ Por la razon de la dicha *l. vbi numerus, ff. de testib.* canonizada por el *c. in omni negotio 4. de testib. & attestationibus*, vbi quam plurimas authoritates congerit August. Barb. *in hoc capite.*

70 ¶ Y en nuestra donacion no solo intervinieron dos testigos, que eran suficientes, si no tres de vista, y de ciencia de que se le entregò la dicha isleta de casas por titulo de donacion al padre de nuestra parte, fuera de otros muchos testigos de oydas, y de otros particulares que se iràn despues ponderando.

Entre

71 ¶ Entre los quales testigos, el Licenciado don Christoual Bernal, Presbytero, de sesenta y ocho años, y que no le tocan las generales, *dize vio, como quando caso don Pedro Marrufo, hijo del Capitan Christoual Marrufo, y padre de nuestra parte, tuuo, y posseyo la dicha isleta de casas como suya propia, por auersela dado el dicho Capitan Christoual Marrufo su padre quando el dicho don Pedro casò, y con el dicho titulo las tuuo, y posseyò, arrendandolas a diferentes personas, y cobrando sus alquileres.*

72 ¶ Al qual testigo, por la Dignidad del Sacerdocio se le deue dar mas fee, y credito que a otra qualquiera persona secular que depusiesse, por ser mayor de toda excepcion, Farinac. *de testib. tom. 2. tit. 6. quæst. 61. num. 80.* ibi: *Amplia generaliter omnes limitationes præcedentes, vt in omni casu, in quo Clerici admittuntur ad testificandum in ijs semper illis magis credatur, quam laicis, cum à iure reputentur omni exceptione maiores, & tantum valeat testimonium quatuor Clericorum, quantum sex laicorum;* donde refiere a Alexand. Silvan. Decio, Castrensi. Anton. Gabriel, y otros muchos que son deste sentir.

73 ¶ *Imò testem Religiosum, & Sacerdotem vice duorum aliorum testium censeri, ex gloss. in cap. Monachus 77. distinct.* Dom. Valenç. Velazquez *cons. 102. num. 74.* que habla aun en mas apretados terminos. De que resulta, que aun solo con este testigo quedaua prouada la dicha donacion, sin que se necessitasse de mas adminiculos.

74 ¶ Ni a esto puede obstar la tacha que por la parte contraria se le ha opuesto, de que es amigo de la nuestra, y enemigo de la suya, pues fuera de la controuersia tan grande que tocan los Doctores, vtrum amicus admittatur ad testificandum, ad fauorem amici, que vnos se inclinan por la parte afirmatiua, y otros por la negatiua, vt videre est apud Farinac. *in tract. de testibus, tom. 2.*

tit.

tit.6.quaest.55.à num.231. Carol. de Grasis *de effectibus Clericatus, in tract. de effectibus amicitiæ, per totum.* Y dado caso que la sentencia afirmatiua se huuiesse de seguir, no tiene prouado la parte contraria, que calidades de amistad, ò enemistad, ò que circunstancias tiene, para que V.S. pudiesse juzgar, que tal sea el amistad, ò enemistad que disminuya el credito, y fee del testigo, Farinac. *in dict. quaest.55. num.53.* ibi: *Limita 10. vt qui vult repellere testem, prætextu amicitiæ debet non solum illam probare, sed etiam debeat probare illius qualitates, & circunstantias ad hoc, vt iudex posset iudicare an sit talis, quæ testis fidem minuat, & quantum, &c.* Carol. de Grasis *in loco supra citato, num.62. qui eadem verba transcripsit, ex Farinac. vbi supra.*

75 ¶ Pero esta doctrina corre en vn particular sin dignidad, ni puesto alguno, pero no en vn Sacerdote, que por la dignidad que goza de los preuilegios de noble, Tiraquell. *in tract. de nobilit. cap.9. num.4.* Ioan. Andr. *in cap. libentium de servis non ordinandis*, Grasis *dict. tract. de effectu Clericatus, effect.55.* a los quales nobles se les dà tanto credito a sus deposiciones, que no pueden ser repelidos, por el pretexto de la amistad, Carol. de Grasis *in dict. tract. de amicitia, nu. 55.* ibi: *Limita 8. quando testis deponens pro suo maximo amico, esset persona nobilis*, cuya limitacion es de la regla de que, *amicus pro amico non possit testificare.*

76 ¶ Y en quanto a la enemistad era necessario que los testigos depusiessen, vtrum esset capitalis, vel non, quia si non est capitulis, maximè in ciuilibus non repellitur testis à testificando, & admissus est integrę fidei, Farinac. *de testib. quaest.53. ex num.52.* porque como estos generos de prouanças quedan al arbitrio de los juezes, *idem in dict. quaest.53. num.57.* ibi: *Sub limita 3. seu potius declara eandem primã limitationem, vt iudicis arbitrio remittatur, quando dicatur capitalis*

talis inimicitia, & quando non, &c. no es bastante el deponer, como deponen, los testigos de la contraria, in genere.

77 ¶ Leonor de Medina, de edad de 60. años, y que assistiò en casa del padre de nuestra parte desde edad de diez años, hasta diez y siete, que la casò, y le estuuo siruiendo: *Dize viò quando assistiò en casa del padre de nuestra parte, que el susodicho posseyò las dichas casas, y que quando se casò con la dicha doña Maria de Villauicencio le diò la dicha isleta de casas, para que las tuuiesse como suyas propias, por ser el hijo mayor, y sucessor en el mayorazgo que posseìa, y que con el dicho titulo las tuuo, y posseyò el padre de nuestra parte.*

78 ¶ A cuya deposicion se le deue dar mucha fee, y credito, por auer estado en casa del padre de nuestra parte, y nadie poder tener mejor noticia que la dicha Leonor de Molina, per text. *in cap. veniens, in fin. extra de testibus, & in l. quoties, C. de naufragijs, lib. 11. & in cap. super prudentia 14. quæst. 2.* Gabriel *tit. de testibus, conclus. 10. num. 40. & 41.* Mascard. *de probat. conclus. 124. num. 48. & conclus. 533. num. 15.*

79 ¶ Maria Manuela, de edad de 68. años, y que no le tocan, dize en la conformidad que los dos testigos en los numeros antecedentes.

80 ¶ A cuya deposicion no le obsta la tacha de dezir, que la susodicha es de mucha edad, y vejez decrepita, y de memoria fragil, y tal, que no se deue hazer caso de su dicho, pues fuera de no ser de mucha edad la que se halla de 68. años, y que para prouança de hecho tan antiguo no se auian de buscar testigos de veynte, ni de treynta, no se puede presumir, que de dicha edad estuuiesse decrepita, pues le assiste la presuncion de que quantumuis senex, sit sanæ mentis, & non sit decrepita, y que no delira, per text. *in l. senium 3. C. qui testamenta facere possunt*, vbi Castrens. dicit: *Quod senex non præsumitur delirare, etiam si esset centum annorum.*

81 ¶ Quem sequitur Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 5. num. 23. vers. Etiam si esset centum annorum*, *Rota coram R. D. Dunozetto Decano in causa Melitana hareditatis 26. Ianuarij 1643. §. nec releuat, quod præsumptio, vers. Etiam si ille esset senex centum annorum, quia adhùc nullatenus præsumitur delirare.* Ademas, de que los testigos no deponen, que genero de decrepitud, ni que actos huuiesse hecho, ò hiziesse por donde se viniesse en conocimiento de ella, como lo deuian dezir, Bald. & Salicet. *in C. solam, num. 3. ff. de testibus*, Paul. Rub. *resolut. practicab. cap. 13. num. 135. & 136.* De que se reconoce la futilidad de dichas tachas, y que con la prouança referida, y otros testigos, que de oydas en este particular deponen, que omitimos, es suficiente para justificacion de la reivindicacion intentada.

ARTICVLO TERCERO.

82 DE poco fundamento es la prouança referida en comparacion de la que se origina de la conciencia de el dicho don Francisco Marrufo, que le obligò à hazer la declaracion contenida en la clausula de su testamẽto, estando en los vltimos vales de su vida, que es el mejor testigo que asiste a la pretension de esta parte. *Nullus neque testis tam formalis, neque iudex, tam grauis, quam conscientia, quæ mentibus cuiuscumque insidet, & inhabitat*, reliquit scriptum Polybius *in fragmentis*.

83 ¶ Pues su conciencia es el mas verdadero, y solido testimonio, que durarà siempre; *Conscientia verum, & solidum, & duraturum dedit testimonium, plurimum in illo Dei iudicio valiturum*, dixo Ioan. Ludouis. Viues, *in introduct. ad S. A. P. cap. 1.* Y no tan solamente este tiene el credito de vno, si no de mil: *Conscientia mille*

mille testes, como dezia Philipp. Beroald. en los comment. à Cicer. *in tract. de nat. Deor.*

84 ¶ Declarò el dicho don Francisco en su testamento, delante de muchos testigos, y en presencia de nuestra parte, como la dicha isleta le tocaua, y pertenecia à su sobrino, en la conformidad de la clausula referida. Y aunque la confession simple hecha en los testamentos no prueue el deuito; sed ex tacita, atque præsumpta voluntate testatoris se solvatur in legatum, & peti possit tanquam legatum, & fideicommissum, ex *l. Lucius Titius* 88. *§. si quis* 10. *ff. de legat.* 2. *l. Lucius* 39. *§. Sempronia* 1. *de legat.* 3. *l. cum quis decens* 37. *§. codicillis, ff. eodem, l. Aurelius* 29. *§. quidam* 13. *& fin. ff. de liberat. legat. l. qui vxori, ff. de auro, & argent. legat.* Dom. Valenç. *cons.* 86. *num.* 18. Dom. Salgad. *in labyrinth. credit. part.* 3. *cap.* 13. *num.* 20. vers. *Hinc pater*, Dom. Castill. *cap.* 111. *num.* 3. Silva *de salarijs familiar. quæst.* 30. *num.* 4.

85 ¶ Ideòque virtute talis confessionis testatorem in vita minimè conveniri posse si postea reconvaluerit certum est, ex traditis à Gutierr. *de iurament. confirmat.* 2. *part. cap.* 1. *num.* 10. *& cap.* 6. *num.* 5. *idem lib.* 3. *pract. quæst.* 97. *per totam*, Hermosill. *in addit. ad glos.* 7. *l.* 9. *ex num.* 44. *tit.* 1. *part.* 5. *tom.* 1. idem Silva *in dict. quæst. num.* 5. & omnes relati in numero præcedenti.

86 ¶ Attamen hæc regula patitur aliquas, limitaciones adequadas al caso presente; que algunas de ellas propone idem Gutierr. *in dict. quæst.* 97. relatus à D. D. Ioan. del Castill. *in dict. cons.* 111. *num.* 4. ibi: *Quod confessio simpliciter facta in testamento de debito non est contractus, nec quasi contractus, & ideò testator non poterit in vita ex ea solum cõveniri, nisi adsint probationes, vel alia coniectura urgentes, vel sint iurata, aut pars Præsens, & acceptans, vel facta in modum contractus, &c.*

87 ¶ En quanto a la primera, ibi: *Nisi adsint*

adsint probationes, vel aliæ coniecturæ vrgentes. Baltante prouança me parece que queda referida, para que conste, que el dicho don Francisco deue restituyr la dicha isleta, fuera de la prouança que nos queda que ponderar, y de las conjecturas que fuera della se coligen de todo el contexto deste pleyto. De que resulta, que esta limitacion està adequada a los terminos de nuestro caso, y que en virtud de la declaracion, y dicha prouança se ha convenido legitimamente en vida al dicho don Francisco, ex Surd. *decis.* 250. & 285. Simon de Præt. *lib.* 1. *interpret.* 1. *dubit.* 1. *solut.* 1. *num.* 20. Anton. Gom. *variar. tom. cap.* 12. *num.* 81.

88 ¶ Secunda: *Aut pars præsens, & acceptans.* Esta tambien milita en estro caso, pues esta prouado, como queda referido, que asistiò al tiempo, y quando se otorgò el dicho testamento, y en particular quando nuestra parte en dos de Mayo del año passado de 1649. pocos dias despues del otorgamiento del dicho testamento, bolviendo à acetar lo contenido en dicha clausula, pidiò ante la justicia de la ciudad de Cadiz se le diesse por testimonio, para guarda de su derecho; con que aunque no interviniera prouança, con sola la acetacion juridicamente intentò este juyzio en vida de su tio, idem Dom. Castill. *in dict. cons.* 111. *num.* 4. ibi: *Secundus casus est, quando huiusmodi confessio est iurata, vel fuit facta parte præsente, vel acceptante, & sic emanauit per modum contractus inter viuos, & tunc est obligatio, atque ex ea agi potest in iudicio, etiam quod sit facta in testamento reprobato,* que es bien de notar, y cita à Baldo, à Abbat. Felin. Capicio Antonio Gabriel, &c.

89 ¶ Tertia limitatio est, quando la declaracion es para exonerar la conciencia, como lo hizo el dicho don Francisco, la qual tiene tanta fuerça, que aunque se haga sin causa, y la parte a cuyo fauor se haze estè ausente, y no la aya acetado, attamen obtinet validitatem, porque se

juzga

juzga hecha fauore pię causę, & fauore animę, y se juzga tanquam æs alienum, que se prefiere a la misma legitima, porque el Alma se ha de anteponer a todas cosas, y asi ni la tal confession se puede reuocar.

90 ¶ Tondut. *quæst. & resolut. Benefic. cap. 108. num. 1.* ibi: *Declarauerat quidam moribundus læsionem enormissimam interuenisse in quodam contractu venditionis, & ideò pro exoneratione suæ conscientiæ mandauerat hæredi, vt prædium venditori restitueret: vnde dubitatum fuit, vtrum talis declaratio esset valida, & hæredi præiudicaret? Pro validitate dicebatur dictam confessionem probari per duos testes omni exceptione maiores, quorum vnus erat ex venerabili Capucinorum Ordine, & ex illustri familia oriundus; & cum facta fuisset pro exoneratione conscientiæ censebatur facta fauore piæ causæ, & videbatur deberi, tanquam æs alienum, quod etiam ipsi legitimæ præfertur, l. Papinianus 8. §. 4. ff. de inofficios. testam. quia Anima cæteris omnibus rebus anteponenda est, l. sancimus, C. de Sacrosanct. Eccles. Ideò declaratio, & confessio prædicta, quamuis absente parte facta probat prædictam læsionem in præiudicium hæredum ipsius, Guillerm. Benedict. in cap. Raimuntius, de testament.*

91 ¶ Et in num. 5. prosequitur, ibi: *Vbi dat exemplum de eo, qui confessus est se habere aliquod in depositum, vel loco pignoris dicens talem confessionem esse irreuocabilem, & habere vim debiti confessati, tanquam præsente parte factam, & ab eo acceptatam, & quod talis confessio disponat, & præiudicet confitenti, & cum dicatur facta fauore animæ, & per consequens fauore piæ causæ, &c.*

92 ¶ Antonio Tomato, apretando mas la materia en la *decis. 293. ex num. 1.* ait ibi: *Quæ sanè confessio testatricis facta, vt apparet ad exonerandam conscientiam assimilatur, & æquiparatur dispositioni ad fauorem animæ, & piæ causæ*

in

in qua nullæ sunt necessariæ solemnitates, ex cumu-lat per Rotam in recent. part. 7. decis. 245. nu. 24. & seqq. Et est tanti ponderis, & efficatis, vt non possit reuocari, Mascard. de probat. conclus. 359. num. 25. & seqq. Tiraquell. de priuileg. piæ causæ, priuileg. 117. Mantic. de coniect. lib. 9. tit. 8. nu. 22. Neque etiam per hæredes contra eam veniri, cum dicatur propria eorum confessio, Gratian. discept. 570. cuias nulla datur verior probatio, l. cum te, C. de transaction. l. generaliter, C. de non numerata pecunia: Et est maior quocumque instrumento publico, & quibuscumque testium depositionibus, Crauet. cons. 61. num. 3. & cons. 175. num. 3. & cons. 272. num. 15. Rota coram Concinn. decis. 68. num. 6. & coram Mantic. decis. 57. num. 9. Præcipue quando prout hic respicit conscientiæ exonerationem, &c. Silva in dict. q. 30. nu. 14. alios quam plurimos referens.

93 ¶ Cyriac. Nig. *contr. contr. 347. nu. 11.* ibi: *Confessio facta à Domino Alexandro Galopino in articulo mortis, quod habuerit, quasdam res Domini Silvestri Porri, quarum partem eo inscio subppignorauerit, cum præcepto, quod reluerentur à suo hærede, probat ad fauorem ipsius Porri, quamuis emanauerit eo absente, & nemine pro eo acceptante; cũ fuerit facta pro exoneratione conscientiæ.* Et nu. 3. hablando en quanto à la reuocacion, inquit: *Quibus in locis armat; reuocari non posse.*

94 ¶ No sè què para esta limitacion se puedan traer lugares màs ajustados, ni què conduzcan tanto à la pretension de nuestra parte, y mas quando para desvanecerla no està prouado por la contraria error alguno que interviniesse para anular su declaracion, Tondut. *in dict. cap. 108. num. 23.* Cyriac. Niger *libr. 1. controuers. 65. per totam, & maximè, & num. 8. & 15.* Dom. Castillo *in dict. cap. 111. num. 1.* vers. *I dque maximè procedit.*

95 ¶ Ni à esto podrà obstar la consideracion que los Abogados contrarios hizieron en

la

la reuista deste pleyto, diziendo, que la dicha declaracion no pudo perjudicar la legitima de sus hijos, por el texto en la *l. qui testamentum, ff. de probat.* Tondut. *dict. cap. 108. num. 11.* ibi: *Sicut dicitur de declaratione patris in præiudicium legitimæ filij; quia si crederetur patri sic confitenti, sequeretur, quod pater posset filium priuare legitima, & sic aperta esset via fraudibus*, vt in simili tradit Costa *de facti scientia, Centur. 2. distinct. 2. num. 29.* Merlin. *in tract. de legitima, lib. 2. tit. 1. quæst. 10. num. 5. & 16.*

96 ¶ Porque el mesmo Tonduto responde en el *num. 12. dict. cap.* ibi: *Ideò vltra confessionem testatoris dicentis relicta fecisse pro vsuris, & male ablatis debet aliunde probari, ipsum habuisse conscientiam læsam*, Peregrin. *de fideicommiss. artic. 4. num. 14. vers. Quamuis etiam, &c.*

97 ¶ Et quod aliunde probetur, se verifica de la prouança que dexamos referida, y ponderada, fuera de la que se ponderarà, para que se venga en conocimiento, si tuuo lesa, ò no la conciencia.

98 ¶ Fuera de que la doctrina referida de contrario se entiende quando salen los hijos impugnando la declaracion, ò confession del padre; y tantum distat, que salgan, que està prouado el auerla oydo dezir a los hijos de el dicho don Francisco, que la dicha isleta de casas pertenecia a nuestra parte; ademas, que quando salieran no fueran partes formales en este pleyto, pues si contendian sobre la legitima, y que no podia ser grauada, erat nullius momenti, pues esta no se deue en vida, pues tan solamente tiene lugar despues de la muerte de los padres, ni obligarles a ellos que en vida se la asignen, ex text. *in l. 1. §. si impuberi, ff. de collatione bonor. l. post emancipationem, §. 2. ff. de liberat. legat. l. 2. ff. si quis à parente fuerit manumissus*, D. D. Ioan. del Castill. *de alimentis, lib. 8. cap. 43. ex num. 1.* donde para confirmacion de esta conclusion pone vn Catalogo de mas de

treynta Doctores, que la lleuan indubitanter.

99 ¶ En tanto grado, *quod etiam si pater sit dilapidator non potest, cogi ad assignandam legitimam in vita eius*, idem Dom. Castill. *in dict. cap. 43. ex num. 2.* donde refiere muchos Regnicolas que assisten a esta doctrina. De que resulta, que carece la consideracion de fundamento legal.

100 ¶ Pero oponese a todo lo referido, quod tunc haberet locum, quando la dicha declaracion no huuiesse quedado reuocada, como lo quedò todo el testamento por las reuocaciones que quedan referidas en el hecho, porque entonces por ella, por quedar ineficaz, no se puede conuenir al declarante, ex traditis à Silv. *in dict. quaest. 30. num. 6.*

101 ¶ Sed reuocare gradus, hic labor, hoc opus est, porque todas las vezes que las declaraciones contienen las limitaciones que quedan referidas de estar presente la parte, *quod aliunde probetur, & quod sint ad exonerationem conscientiae per secundum testamentum, vel per alia in reuocationem non possunt reuocari.* Y en quanto, *ad exonerationem conscientiae*, ya quedan referidos los lugares a la letra, y es singular la *diffinit. 36.* de Antonio Fabro *lib. 4. tit. 24. in sua C.* donde auiendo vna nouilissima señora delante de el escriuano, y testigos declarado, que se restituyessen ciertas vsuras que ilicitamente auia percebido de vnos deudores, y despues ante el mismo escriuano, y testigos reuocadola, y despues bueltose a afirmar en la primera declaracion, fundandose los herederos en la segunda para no restituyr las dichas vsuras, contra ellos, inquit: *Dicta diffinitio*, ibi: *Nec voluntatis secundae ratio, habenda videbatur, quae per tertiam posteriorem reuocata fuisset, & anteriorem factam in piam causam, & exoneranda conscientia, gratia reuocare nullo modo potuisset, &c.* Et inferius: *Quid verò indignus, quam propitijs auribus audiri haeredes, qui ne conscientiam defuncti exonerarent, propriam onerare non erubescerent?*

Con

Con mas justa razon se le podrá dezir a la parte contraria, que no a los herederos de la dicha dicha difunta, pues tan grauada queda la suya.

102 ¶ Y en quanto a la declaracion con las calidades, Marescot. *variar. resolut. lib. 1. cap. 48. num. 11.* ibi: *Neque enim sequitur, est facta in testamento, ergo sequi debet illius naturam, quia etiam in testamento possunt fieri contractus, & donationes inter viuos, quando interuenerint requisita, ut est præsentia utriusque, quo casu actus est irreuocabilis*, glossa communiter approbata *in l. hæredes Palam, ff. de testamentis*, Boet. & Bart. *Vbi concludit confessionem factam in testamento, ex qua ius parti quæsitum est irreuocabilem esse, quando pars cui quæritur, vel alius pro ea interuenit, &c.* Y refiere a Cino, Alberico, Baldo, Cumano, y otros Doctores, cuyo lugar a la letra lo trasladò el señor don Iuan de el Castillo *in dict. cap. 110. num. 10.*

103 ¶ Hermosill. *in glos. 7. l. 9. tit. 1. part. 5. n. 43.* ibi: *Declara tertio, quod etsi reuocet testamentum, nihilominus confessio substinetur, quoniam dicitur quidam quasi contractus.*

104 ¶ Silva en la dicha *quæst. 30.* auiendo propuesto la dificultad, *utrum confessio possit reuocari in testamento facta*, aun sin intervenir las calidades de las limitaciones referidas, dize en el num. 30. *Nec talis confessio poterit reuocari, nam cum per eam plenum ius parti quæsitum est, illud irreuocabile manet, neque ab ea inuita auferri potest, iuxta text. in l. id quod nostrum est, ff. de regul. iur.* Y entre otras autoridades que refiere es vna decision de la Curia de la justicia de Aragon, que la trae Sesse *in tract. de inhibitionibus iustitiæ, cap. 5. §. 8. num. 66. Vbi iudicatum fuisse testatur, secundum hanc opinionem, ea ratione, quia licet testamentum reuocetur, quoad disposita in eo, tamen instrumentum testamentis subsisti, & verum fuit; vnde confessio in eo facta similiter debet valere, cum similis confessio debiti facta in contractu valeat.*

105 ¶ La razon desto es, porque el testamento se dize escritura publica: *Si confectum fuerit à notario, vel tabellione Regius, habeatque omnes iuris necessarias solemnitates, & ita sicut quælibet alia scriptura publica paratam habeat executionem adversus defuncti hæredes pro legatis, & alijs ab eo relictis.* Ex opinione Didac. Perez, Parlauor. Paz, Azcued. Spino, Zeuallos, y Amat. Roderic. quos laudat idem Silva *in dict. quæst. num. 2.*

106 ¶ Y porque tantum deferendum est supremæ testantis voluntati, vt quidquid ibi alteri debere confessus fuerit, verum esse, ad eiusque restitutionem in foro conscientię obligatum, ne in peccato decedat, necessario pręsumendum est, & non immemor salutis ęternæ, tunc maximè, quando in extremis agit, aut laborat, *ex l. vltim. ad fin. C. ad legem Iuliam repetundarum, quæ quidem relata est, in cap. sancimus 1. quæst. 7. cap. litteras de præsumptionib. cap. significasti de homicidio,* D. D. Ioan. de Soloiçan. *de iure Indiar. 2. tom. lib. 1. cap. 15. num. 88.* Antonino Thomato *dict. decis. 293. nu. 13.* & alij plurimi, quos laudat Silva *in dict. quæst. 30. ex num. 16.* Dom. Castill. *dict. cap. 111. ex num. 2.*

107 ¶ De cuyos fundamentos se reconoce, que la dicha reuocacion no pudo consistir, ni invalidar la declaracion hecha, no solamente en el tęstamento del año de 49. si no en el de 40. ò 41. como nuestra parte lo tiene prouado, cuya geminacion de declaraciones, aun quando no estuuieran adminiculadas, inducit plenam probationem, Silva *de salarijs, quæst. 32. nu. 25.* Dom. Valenç. Velazq. *in cons. 102. num. 24.* Dom. Vela *dissertat. 24. num. 36.*

108 ¶ Y contrauenir a dichas declaraciones, toties repetitas, es cosa indigna, y mas de la sangre tan conocida como la de el dicho don Francisco: *Indignum esse iudicamus* (dixo el texto *in l. generaliter de non numerata pecunia*) *quod*

quisque

quisque sua voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque proprio resistere; cuyas palabras mutuò el *cap. per tuas de probationibus*, Dom. Valenç. Velazq. *in dict. cons.* 102. *num.* 1.

109 ¶ Ademas, que el testamento, ni la dicha clausula contenida en el, no quedò reuocado (y aqui pido, que V. S. preste la atencion) porque la forma de la reuocacion es poner al margen del dicho testamento, en presencia del escriuano, y algunos testigos, que lo reuocaua, y reuocò en todo, y por todo, para que no valga en juyzio, ni fuera del, ni ninguna de las clausulas en el puestas, esto sin embargo de otra reuocacion que de el dicho testamento tenia hecha ante Sebastian Perez, escriuano publico de la dicha ciudad de Cadiz.

110 ¶ Porque este genero de reuocacion no es suficiente, pues para que quede reuocado vn testamento, y lo contenido en el, es necessario que sea por otro, æque perfecto, y no por verbal reuocacion, son textos expressos *in §. ex eo autem solo. Instit. quibus mod. testam. infirm.* ibi: *Ex eo autem solo nō potest infirmari testamentum, quod postea testator id nolluerit valere, vsque adeo, vt si quis post factum prius testamentum posterius facere cæperit: Et aut mortalitate prauentus, aut quia eum eius rei pœnituit id non perfecerit, Diui pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores iura factæ irrita, nisi sequentes iure ordinatæ, & perfectæ fuerint, nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

111 ¶ Text. *in l. hæredes Palam, §. 1. ff. qui testament. facer. posses.* ibi: *Si quid post factum testamentum mutari placuit omnia ex integro facienda sunt.*

112 ¶ *L. sancimus* 27. *C. de testament.* donde vn testamento, legitimè factum, por el transcurso de diez años no queda reuocado; la razon es: *Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? Sin autem testator tantūmodo dixerit* (palabras

labras son del texto) *noluisse prius stare testamentum, vel alijs verbis vtendo contrariam, apperuerit voluntatem, & hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.*

113 ¶ Donde pide el texto por requisitos necessarios el que se aya passado el decenio, y que aya mostrado la contraria voluntad el testador, ibi: *Tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali*; y en nuestro caso faltò el vno de ellos, pues el año de 49. otorgò el dicho don Francisco su testamento, y el de 57. fue quando lo reuocò, con que no se passaron los diez años, y assi quedò firme el testamento, sin embargo de la contraria voluntad que mostrò en la reuocacion: *Aliter enim testamenta mortuorum* (que es clausula irritante) *per decenij transcursionem euanescere, nullo patimur modo.* Con cuyas razones concluye el texto.

114 ¶ *L. militis codicillis, §. veteranus, ff. de testam. mil.* donde auiendo hecho vn Veterano iure cõmuni, su testamento, y despues queriendolo en la expedicion reuocar, muriendo abintestato, no tuuo efecto, pues quedaron libres las instituciones de los herederos del dicho testamento. Sus palabras son: *Veteranus moriens testamentum iure communi tempore, militiæ factum irritum esse voluit, & intestatus esse maluit, hæredum institutiones, ac substitutionis in eodem statu mansisse placuit, &c.* Esto sin embargo de los preuilegios que les concede a los Soldados la *l. milites, C. de testament. militar.* ibi: *Proinde sicut iuris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vagina, aut Clypeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotauerint, aut in puluere scripserint gladio sua ipso tempore, quo in prælio vitæ sortem de relinquerunt huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet.*

115 ¶ Por cuyos textos son deste sentir

tir Couarr. *de testament.2.part.* Rub. *nu.*21.vers. *Hinc ergo*, Guillerm. Benedict. *in cap. Rainuntius*, verb. *testamento*, *num.*8. Marescot. *variar. resolut.cap.*48.*num.*1 ibi: *Recepta est crebriori calculo sententia illa, quod primum testamentum à testatore reuocatum censetur per secundum, quando secundum est validum, secus si sit nullum, vt quia non habeat hæredis institutionem, quia tunc non reuocatur primum, etiam si testator coram septem testibus dicat nolle illud valere; nam vt reuocatio teneat, requiritur, quod ex secundo hæreditas adiri possit.* Y cita a otros muchos Autores que son de este parecer.

116 ¶ Y la razon que dan los Doctores referidos es: *Quia solemnitas, quæ requiritur in actu construendo, requiritur in destruendo, ex dict. l. hæredes Palam, d.* §. *si quid post, ff. qui testam. fac. posses.* & ex vulg. text. *in l. nihil tam naturale, ff. de regul. iur.*

117 ¶ De cuyas doctrinas resulta, que por las reuocaciones que el dicho don Francisco hizo de su testamento no quedò reuocada la voluntad, pues para que lo estuuiesse era necessario segundo testamento, & per consequens, ni la dicha clausula contenida en el.

118 ¶ Pero oponese, que todo lo referido tuuiera lugar si el testamento que otorgò el dicho don Francisco fuera valido, pero fue nullius momenti, respeto de auerlo otorgado sin juyzio, ni capazidad que para ello tuuiesse, por estar grauado de vna modorra, y tabardillo pestilente, que le priuò su juyzio natural, y lo puso con conocida demencia.

119 ¶ Y para que se reconozca el poco fundamento que tiene para recurrir al refugio de la demencia, y locura, propondrè la prouança que le assiste a nuestra parte, y despues de la que se vale el dicho don Francisco.

120 ¶ Lo primero le assiste a nuestra parte la presuncion de derecho de que todos se

presumen sane mentis, por ser esto natural, y lo contrario accidental, y asi le incumbe el prouar lo contrario a el que se funda en la demencia, ex text. *in l. necessarium, G. qui testam. fac. posses.* aunque el sujeto sit senio confectus, Paul. Zach. *quæst. medic. legal. tit. 1. quæst. 10. num. 9. & seqq.* aunque sea de cien años, Mantic. *de conjectur. vltimar. voluntat. lib. 2. tit. 5. num. 3.* Burat. *decis. 256. nu. 2.* lo qual procede, *etiam si testator grauiter decumbat, & sit semimortuus, moribundus, & quasi in agonia constitutus*, cuyas palabras son de Paulo Rubeo *resolut. pract. cap. 13. num. 92.* del qual me valdrè para este punto, asi por ser el mas moderno, como por ser el mas docto que mi cortedad ha visto en la materia de demencia, y furor, en cinco, ò seys capitulos que haze.

121 ¶ Asistele asimismo la assercion del escriuano ante quien se otorgò el dicho testamento, que afirma, que el dicho don Francisco estaua al tiempo del en su entero juyzio, y capazidad, a cuya assercion, aunque es muy controuertido, si se le ha de dar entera fee, y credito, y muchos lleuan, que no: *Quia notario attestanti de sana mente, non videtur credendum, cum ipsi ex quadam consuetudine in testamentis, communiter scribere soleant, Titius sana mente, licèt corpore infirmus*; y asi se halla comunmente en todos los testamentos, *ex l. sanum 27.* ibi: *Sanum mente licèt agrum corpore rectè transigere manifestum, &c.*

122 ¶ Y porque al escriuano no se le dà credito, nisi de eo quod sibi mandatur, *iuxta Authent. de tabellionibus, §. nos autem, collat. 4.* por cuyas razones, y por otras muchas son deste sentir Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 45. num. 65.* vers. *Mente sanus non præsumitur, cum notario non credatur,* Simon de Pret. *de interpret. vltimar. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 4. num. 13.* vers. *In tantis negotijs periculum est credere vni tabellioni*; y otros muchos que cita Paul. Rub. *in cap. 14. ex num. 162.*

Atta-

123 ¶ Attamen, en el *num. 207.* cita a Decian. *in cons. 51. num. 41.* vers. *Assertio notarij, quia scripsit testamentum, cum tùnc fuisse sanæ mentis creditur*, Honded. *in cons. 18. num. 58.* Magon. *decis. Florent. 67. nu. 12.* Cæsar Caren. *in suis practicabilibus, cap. 171. nu. 4.* Burat. *in dict. decis. 256. num. 3.* Y a otros muchos, que afirman se le ha de dar fee, y credito al escriuano, y la razon en que se fundan es: *Quia notarius est officialis publicus, & dicendo dicta verba sanus mente non ponit, neque inducit aliquid de nouo, sed declarat, quod ius dictat.*

124 ¶ Y para conciliar estas opiniones recurre, a que si el furor, ò la demencia se prouare intervino antes de el testamento, entonces dizè corre la opinion negatiua, ibi. *En el num. 225. dict. cap. 14. Quando verò non constaret, seu non fuerit probatus præcedens furor, & tùnc procedit altera opinio, de qua supra num. 205. Quod assertio notarij, quod testator erat sanus mente inducat vehementem præsumptionem.* Cuya parte de distincion milita en nuestro caso, pues no deponen los testigos de la parte contraria, que el dicho don Francisco estuuiesse antes de otorgar el dicho testamento con enfermedad que le priuasse de su sentido.

125 ¶ Asistele asimismo la presuncion, y conjectura, *quæ desumitur ex qualitate dispositionis*, pues el dicho don Francisco lo ordenò, y dispuso su testamento tan ajustado, y con tantas circunstancias, que no era posible, que el notario, y los que le asistian pudiessen tener noticia dellas, por ser cosa muy de casa, y que tan solamẽte el las podia saber, de todas las quales no se puede induzir cosa que no fuesse de mucho juyzio, y acierto, como se reconoce de la serie, y contexto de el.

126 ¶ Y aunque Paulo Rubeo en el *cap. 15.* desde el *num. 297.* pone controuerso el si naze presuncion, *sanæ mentis ex qualitate dispositionis*;

para

para conciliarlas se vale del mesmo medio que referimos en el num. 124. deste papel, diziendo en el *nu. 306. Salvari tamen possunt istæ contrariæ opiniones, vt ambæ veræ sint, sed in terminis diuersis, quare sic oportune distingui poterit, aut enim constat furiosum, vel mente captum habuisse dilucida interualla, & sic solitum ea habere, & tunc si prudenter aliquid agat certè, ex dicto actu sic gesto censendum erit, illum fuisse sanæ mentis tempore celebrationes prædicti actus, & in hoc casu locum, sibi vindicat prima tam celebris opinio, &c.* Y la contraria opinion tiene lugar quando se prouò, que antes de la celebracion del testamento estaua furioso; y para comprouacion desta distincion, entre otras muchas autoridades cita a Mantic. *de coniectur. lib. 2. cap. 5. num. 6.* Dom. Castill. *quotid. quæstion. cap. 28. num. 52. part. 4.* vbi abunde alios cumulat.

127 ¶ Con que por no auerse prouado, como queda referido, que el dicho don Francisco antes de el otorgamiento de su testamento estuuiesse priuado de su juyzio, corre vn miembro de la distincion, dicti Paul. Rub. de que, *desumitur præsumptio ex qualitati dispositionis.*

128 ¶ Asistele prouança plena de cinco testigos que se hallaron presentes, *tempori facti testamenti*, que deponen, que quando el dicho don Francisco otorgò su testamento tenia su entero juyzio, y capazidad, a cuyas deposiciones se les dâ mas credito, por deponer de sana mente, que a otro mayor numero de testigos que depusiessen de lo contrario, por asistirles a aquellos, non solum præsumptio naturę, si no de derecho, de que se juzga sanę mentis, y esta es opinion constante, y que no se puede negar.

129 ¶ *Illud quoque mihi remanet asserere*, dize Paulo Rub. *in cap. 15. & nu. 317. Quod testibus deponentibus de sana mente magis credendum veniat, quam deponentibus super furore, illis enim assistit præsumptio naturæ, & iuris, quæ est,*

vt

vt quilibèt præsumatur sana mentis, & non deponentibus super furore, & ista est communis DD. sententia. Y cita a Iason, Mascard. Farin. *in fragm.* verbo, *furiosus, num. 306.* verf. *Magis creditur testibus deponentibus de sana mente, quam deponentibus de furore, &c.* Y prosigue: *Et post plena manu relatam nobilem Doctores cohortem, ait non posse negari, eam opinionem esse communem Doctorum sententiam.*

130 ¶ Y mas quando de los cinco testigos el vno dellos es Sacerdote, cuya fee, y credito en los numeros antecedentes està bien assegurada, y que genero de prouança haga; y los otros dos son el Medico, y el Cirujano, que deponen, que en todo el tiempo de la enfermedad, y en el de el testamento estuuo el dicho don Francisco en su entero juyzio, los quales son los que precisamente pueden deponer de semejantes enfermedades, por la pericia que dellas tienen: *Nisi quos constet Medicis denuntiantibus, & iudice competente diligenter examinante vitium contraxisse,* inquit text. *in l. semel causaria, C. de re milit. lib. 12.* De cuyo texto se saca el brocardico comun, *peritis in arte credendum est.*

131 ¶ Y que en termino de demencia ayan de deponer estos como, *integræ fides testes,* Roderic. Suar. *allegat. 1. num. 8.*

132 ¶ Esta es toda la prouança que a nuestra parte le assegura su pretension; veamos aora la de la contraria, con que procura desuanecerla.

133 ¶ Ya queda prouado desde el num. 120. que le incumbe la prouança a aquel que funda su intencion en el furor, y la demencia, y assi a mucho peligro se expone el dicho don Francisco en querer prouar cosa que es de tan dificil prouança, y la que ha de hazer ha de ser exactissima, para destruyr la presuncion del derecho natural: *Sicque generaliter firmari potest* (inquit Paul. Rub.) *dict. cap. 13. num. 93. mentis sanitatem de iure præsumi,*

sumi, itaque si quis contrarium asserere intenderit, scilicèt, quod aliquis tempore testamenti, vel alterius actus à furore, vel dementia possidebatur difficili se supponit periculo probationis, quia cum furor, vel dementia sit, quid invisibile, & proprie non percipiatur, visu, vel auditu, sed magis mentis ratione, ac proinde deponendo, vt dixi, non sanitatem mentis, cum sit contra præsumptionem naturæ, & iuris est necessaria exactissima probatio; ad text. *in l. fin. C. de testament. & in l. nec codicillis, C. de codicill. & in cap. fin. extra de successión. abintest.* Baldo, Deciano, Menochio, que cita en prueua desta conclusion.

134 ¶ La prouança del dicho don Francisco se reduze a tres testigos, que deponen de vista quando se otorgò el dicho testamento, porque los demas son de oydas, y los mas de auerselo oydo al dicho don Francisco; que vno dellos depone vna cosa bien de notar, pues dize, que vido al dicho don Francisco, y al escriuano ante quien se otorgò el dicho testamento tener vn litigio grande, sobre que el escriuano dezia, que quando otorgò el testamento estaua el dicho don Francisco en su juyzio, el qual replicaua, que no lo tenia, con que da a entender, que tenia juyzio, y memoria para dezir, y acordarse, que no lo tenia al tiempo del otorgamiento. No me parece, que era necessario passar mas adelante, por ser esto ridiculo; y si este litigio huuiera passado, *tempore facti testamenti*, no era dudable, que era la mejor seña que tenia de su furor, ò demencia: *Nam fatuus fatua loquitur, ac deridenda dicit, iuxta Canon. 93. distinct.* ibi: *Fatuus fata loquetur, &c.*

135 ¶ Los tres testigos son el Licenciado Iuan Bautista Daniel, Presbytero, Geronima Rodriguez, criada del dicho don Francisco, Melchora de los Reyes, su esclaua, y que naciò en su casa, cuyas deposiciones se reduzen a que el dicho don Francisco quando otorgò su testamento estaua muy grauado de vn tabardillo, y modorra, con

dos

dos landres, y vn carbunco en vn dedo de vn pie, por cuya causa estaua sin juyzio, y deliraua, porque a todo lo que le preguntauan dezia, que si.

136 ¶ Y omitiendo algunas contradiciones que podia ponderar de sus deposiciones, porque en los tiempos no concuerdan, ni en algunas circunstancias, y que por ser las dos testigos criadas, y la vna esclaua del dicho don Francisco no se le deue dar fee, ni credito en materia de demencia, ò de furor, Roderic. Suarez *in dict. alleg. 1. num. 15.* ibi: *Secundo; quia testes adversæ partis patiuntur, plura obiecta adversus eos probata, quæ eorum fidem repellunt, sunt enim familiares, & domestici ipsius rei, & parentum eius, cuius fides repellitur, l. eos, & l. etiam cum vulg. C. de testibus,* & Farinac. *in fragmentis*, in verbo, *furor*, *part. 1. num. 303.* Y assi passo a lo mas sustancial.

137 ¶ Por ser la demencia, *quædam animi ægritudo, animique morbus, proinde latens intus, & cum sub sensu nostro cadere nequeat*; por loqual; si no es por actos, y señales externas no podemos venir al conocimiento de los internos: *Ideòque prædicta signa externa apparere possunt verbis, & factis verbis*; porque como en los cristales de vn espejo miramos la figura, y imagen de nuestro rostro: *Ita in verbis seu sermonibus animi naturam, & imaginẽ cernimus*, vt inquit Demost. apud Maxim. *serm. 15. Et tu de illis est, nam & loquella tua manifestum te fecit, Matth. cap. 16.*

138 ¶ Y como se dize de vn Filosofo, que auiendole rogado vn amigo suyo, que inquiriesse la capazidad de vna persona, para ver lo que le parecia, estando en su presencia le dixo: *Loquere, vt te videam*, pues de otra manera no viniera en conocimiento si era hombre: *Nam talis præsumitur mens, qualem verborum proprietas demonstrat, iuxta l. fin. C. de hæred. instit. l. Patronus, §. fin. ff. de legat. 3.*

139 ¶ *Factis, si in faciem alterius (Consulto spuat Medico, & Notario; si patrem, vel ma-*

trem verberet; si quis tentaret se ipsum occidere. Y otros muchos casos, que por no dilatarme omito, que trae Paulo Rubeo en el *cap. 16. ex num. 337.* cum multis sequentibus Farinac. in dict. verbo, *furor, ex num. 239. cum seqq.*

140 ¶ Por ninguno destos dos modos verifican las deposiciones de los testigos la demẽcia, ò la locura del dicho don Francisco, pues, *de factis, nec vllum verbum*, deponen, *& verbis*, tan solamente, que a todo lo que le preguntauan dezia, que si; y vno dize, que a todo dezia: *Si señor, y otras cosas*, sin deponer quales fuessen.

141 ¶ Este modo de deposiciones no obran cosa alguna, por ser in genere, y mas en materia de demencia, donde se deue hazer de los testigos diligente inquisicion, preguntandoles, que cosa vieron, que demonstraciones de furor, que señales, que actos, que mouimientos, ò otras semejantes, para que dellas se pueda conjeturar el furor del testador, porque semejantes accidentes no se pueden percebir en vn momento de tiempo, si no por largo discurso, y por muchos actos, Paul. Rubeo *dict. cap. 13. ex num. 127.* ibi: *Quare dum testes testificari intendunt super furore, seu dementia diligens inquisitio eis facienda est, & sic interrogari debent, quid nam viderunt, quas demonstrationes furis, quæ signa, quos actus, quos motus, & & similia, vt ex illis coniecturari possit furor testatoris, cum hæc accidentia non possint percepi ex momento temporis, sed ex quodam discursu, est multitudine actuum*, sicuti optimè advertit post Bald. & Aretin. Rota coram R. P. D. Carrill. *decis. 232. num. 26.* vers. *Testis deponere super furore debet interrogari, quid vidit, &c. part. 7. recent.* Dizen algo desto los tres testigos de vista? No, si no tan solamente que a todo dezia, que si, y otras cosas, sin expecificar quales.

142 ¶ Y assi es necessario depongan, dando la razon de sus dichos, Iuan Maria Velleto *disquisit. Clerical. part. 1. §. 4. num. 118.* ibi: *Huius-*

modi

modi verò testes deponere debent non dicendo, quod viderunt illum furentem, sed specialiter debent deponere, quod erat furiosus, quia per vias more stultorum deridendo procedebat, vel quod proÿciebat lapides, siue quod haberet memoriam inordinatam, vt quia vnum dicit, & statim contrarium loquitur, &c. Los testigos deponen algo de esto? No, si no que a todo dezia, *que si.*

143 ¶ Porque si no dan razon, antes se presume, pro sana mente, Rot. *coram bo. me. Penia in Romana hæreditatis 13. Nouemb. 1592.* ibi: *Quod ad hoc, vt testes probent aliquem non fecisse sanæ mentis, non sufficit, vt deponant simpliciter talem esse furiosum, nisi etiam non interrogati sufficientem reddant rationem eorũ dicti, alias enim pro sana mente præsumendum erit, &c.* Que razon dàn los testigos? Sola la que dezia el testador, *que si.*

144 ¶ Paulo Rubeo apretò mas en terminos, *dict. cap. 13. num. 135.* ibi: *Et in tantum est indubitata prædicta conclusi, vt ne dum testes super furore deponentes reddere teneantur causam scientiæ, etiam non interrogati, verùmetiam causam, & rationem talem, quæ concludat furem ipsum, & per quam clare appareat eos nullatenus errasse, &c.* Que razon dàn los testigos? Que dezia el dicho don Francisco a todo, *que si.*

145 ¶ Empero veamos, si por esta palabra, *si*, prolata à testatore læthali morbo grauato, en tiempo de peste, se podrà induzir demencia, y si valdrà el testamento, por parecer auerse hecho ad interrogationem, esta question, segun los terminos propuestos, y de nuestro caso, la tocò bien elegantemente Cyriaco Nigro, en sus controuersias, en la 549. por toda ella, y auiendo dicho en el *nu. 23. Quod testamentum ad interrogationem per verbum, sic esse validum quando testator est sanæ mentis.*

146 ¶ En el *num. 227.* vers. *Ad id*, la limita, respondiendo a la proposicion que se le auia

 opuesto,

opuesto, *in d. n. 23. contr. n. 127.* vers. *Ad id*, diziẽdo: *Ad id de quo n. quod testamentũ factũ ad interrogationẽ per verbum, sic à testatore sanamẽtis valeat? Respondetur, id non procedere in testatore laborante in extremis, per instigationes vexato præsertim, per suggestiuam interrogationem, quando ipse non præordinauit testamentum, nec ipse sponte iussit vocari notarium, &c.* Porque se presume, que no est sanæmentis, quando responde por la palabra, *si*, idem *in dict. controuers. num. 94.* ibi: *Sexta, quia huiusmodi testamenta facta ad interrogationem mediante suggestionem à grauiter in firmo respondente per verbum*, sic, *non præsumuntur condita à testare sanæ mentis, maximè quando non instituit venientes abintestato.*

147 ¶ Vease, si conforme a esta limitacion, de que se podia valer el dicho don Francisco, deponen los testigos de instancia que le hiziessen de importunas investigaciones, de interrogaciones sugestiuas de aquesto, *nec vllum verbum*. Y en quanto a que llamasse al escriuano el dicho don Francisco (porque es requisito que pide Cyriaco, y los Autores que refiere) dizelo la dicha Geronima Rodriguez, que lo llamò para otorgar su testamento, sin que los demas testigos de su prouança digan lo contrario. De que se infiere, que por la palabra, *si*, no se infiere demencia, faltando los requisitos que pondera Cyriaco en el lugar referido, y mas auiendo instituydo a sus hijas por herederas.

148 ¶ Y finalmente, reduziendo estas dos prouanças al fiel de vn igual peso, qual dellas preponderarà mas en el dignissimo arbitrio de V.S. aquella que depone de sana mente, ò estotra, que quiere verificar lo contrario; si se atiende a la equidad natural, aquella lo persuade, en tanto grado, que si los testigos que deponen de sana mente fuessen tan solamente dos, y los que deponen de contrario mil, se les dà a aquellos mas credito que a estos, Paulo Rubeo *in cap. 15. ex num. 320.* ibi:

Quod

Quod nulla æquitas naturalis suadet, quod in concursu probationum magis credatur testibus deponentibus super à mentia, quam testibus deponentibus super sana mente, & idem fuit decisum coram Reuer. D. Dunoceto Decano in causa Meliuitana hæreditalis 28. Ianuarij 1643. §. irreleuantia, ver. intrat conclusio, quod testes, quibus ius commune assistit præferentur alijs, qui iuri communi aduersantur, &c. Quæ decisio loquitur in terminis nostris. Prædicta insuper conclusio, adeò indubitata apparet, vt procedat etiamsi illi testes deponentes de sana mente essent exigi numeri, veluti duo, illi verò de furore asserentes essent plures, vt mille, & tùnc fides maior est, etiam habenda duobus de sana mente deponentibus, quam mille negantibus, vt respondit Iason *in cons. 2. num. 20.* Boerio, Cæsar Caren. Hodierna, Manzanedo, y otros muchos que cita deste sentir. Con que parece, que queda bastantemente apoyada la intencion de nuestra parte con los fundamentos referidos, & satis dementiæ.

ARTICVLO QVARTO.

149 PARA corroboracion de todo lo referido no es prouança de menor credito la que resulta de la declaracion de la dicha doña Catalina Marrufo, hermana del dicho don Francisco, que confiessa en su codicilo, para discargo de su conciencia, jurandolo a Dios, y a vna Cruz, que la dicha isleta de casas le tocaua, y pertenecia a nuestra parte por herencia, y legitima del dicho don Pedro su padre.

150 ¶ Y aunque no podemos negar, que a la parte contraria le assiste, que a la confession de aquel, qui in extremis laborat, aut in articulo mortis constitutus fatetur, no se le da credito en perjuyzio de tercero, y que en este caso tiene lugar el brocardico, quod nemò præsumitur, Ioannis Baptista

cista *in articulo mortis*, segun la doctrina de Menoch. *de præsumpt. præsumpt. 5. lib. 5. num. 17. & in consf. 39. num. 44. & 68.* Mascard. *de probat. conclus. 1079.*

151 ¶ Sin embargo, todas las vezes que la confession es verosimil, y concurre con otras conjecturas, y otros adminiculos, y en particular quãdo el q̃ cõfiessa no trata de su cõveniencia, entonces, aun en perjuyzio de tercero, tiene assegurado su credito, y haze prouança. Es singular la *decis. 55.* de Pedro Surdo en el *num. 2. & 3.* que califica esta limitacion; sus palabras las refiere el señor Castill. *dict. cap. 111. num. 11.* Y corre con este sentir D. D. Ioseph Vela *dissert. 38. ex num. 35.* que es bien selecto lugar para esta materia.

152 ¶ Pues veasé si se adequa a los terminos de nuestro caso, pues la dicha declaracion està bien adminiculada con la misma del dicho don Francisco, y con la demas prouança que dexamos referida, que en terminos de conjectura era bastante, y mas no tratando la dicha doña Catalina de su conveniencia, pues no lo era suya el que tuuiesse la dicha isleta de casas su hermano, o su sobrino, y si alguna pudiera tener auia de ser el que la tuuiesse su hermano, por ser mas conjunto que su sobrino, y assi solo la mouiò la verdad de su conciencia, no otro interes.

153 ¶ Y mas en consideracion de auerse hecho dicha declaracion en instrumento publico, como el de vn codicilo, pues haziendose las declaraciones en escritura priuata, tienen la fuerça que refiere el señor Castill. *in dict. cap. 111. ex num. 8. vsque ad 11.*

154 ¶ Pero quiere desvanecer el dicho don Francisco la verdad desta declaracion con el asylo que tiene, de que todos los que deponen contra el son sus enemigos, y que tambien lo fue su hermana, y induze la enemistad porq̃ la dicha su hermana no lo instituyò por su heredero, si no a nuestra parte, y omitiẽdo, q̃ los testigos no deponẽ,

nẽ, que enemistad interviniesse vtrũ fuesse capital, vel non, que es de requisito para que se instruya el juez, que genero de enemistad, para que pueda regular su arbitrio, como queda bastantemente ponderado en el articulo segundo.

155 ¶ Para que se reconozca, que no tan solo no pudo intervenir enemistad, si no antes mucho afecto, y voluntad, no solo a el dicho don Francisco, si no a su hijos, y nietos, se vale nuestra parte del mismo testamento, en que dize, que no lo instituyò por su heredero, pues en el, y en los codicilos que estàn presentados la dicha doña Catalina dexò legados al dicho don Francisco, y por su albacea, para que cumpliesse su voluntad, y a sus hijos, y nietos otras mandas, y legados, los quales no se dexan por enemistad, si no por afecto particular, y mas quando està vnido con la sangre; *l. neque adiecit 9. ff. pro socio, l. idemque, §. vltim. ff. mandati*, Mantic. *de coniecturis vltimarum voluntatum, tit. 1. num. 21. & lib. 8. tit. 6. nu. 19.* Dom. Valençuel. *tom. 1. cons. 10. num. 5.* Y assi por dichos legados se presume grãde amistad, *argum. legis amicissimus*, vbi Bart. & Bald. *ff. de excusatione tutorum*, Ioann. de Amicis *in cons. 4. num. 18.*

156 ¶ Y en particular auiendo elegido al dicho don Francisco por su albacea, para que executasse su voluntad, no se puede presumir, siendo vna cosa de tanto credito, auia de elegir a su enemigo, si no al mayor amigo que tuuiesse, Mascard. *de probationibus, volum. 1. conclus. 85. num. 7.* ibi: *Item si quis electus fuisset ad aliquid agendum pro ipso, vt l. amicissimus*, & ibi Bart. *ff. de accusat. tutor. Similiter si olim erat amicus* (quien duda, que en algun tiempo fuessen amigos, y hermanos?) *quia hodie etiam præsumitur inter eos amicitia, l. cum ipsius, C. familiæ erciscundæ*, Felin. *in cap. scribebam, num. 3.* vers. *Item in passion. de præsumpt.* De que resulta quan futil es el recurrir al refugio de las enemistades.

157 ¶ No es de menor prouabilidad la prouança que resulta de las deposiciones que quedan referidas, assi del Padre Iuan de Ardinez, Rector del Colegio de la Compañia de IESVS de la dicha ciudad de Cadiz, y assimismo de Andres de Aguinazo, pues ambos ados concuerdan en que en el testamento que el dicho don Francisco otorgò el año de quarenta, ò quarenta y vno tenia hecha otra declaracion en conformidad de la del testamento del año de quarenta y nueue, por auerselo dicho assi al dicho Religioso, para que se lo dixesse a nuestra parte, y por auerlo visto el dicho Ignacio de Aguinazo, quando buscando vnos papeles encontrò con el dicho testamento, y leyo la clausula, y entonces se lo quitò de las manos el dicho don Francisco, diziendo: *Por aqui me quieren entrar.*

158 ¶ Cuya declaracion, tomandola en terminos de confession judicial, està legitimamente prouada con los dos testigos contestes, Paul. Rub. *cap. 23. num. 82.* Noguer. *allegat. 26. num. 87.* Y aun quando solo huuiera la declaracion del dicho Religioso era bastante para hazer plena prouança, porque vicem duorum testium obtinet, *ex glos. in cap. Monachus 77. distinct.* D. Valençuel. *in dict. cons. 102. num. 75.*

159 ¶ Y porque aunque es constante, quod vnius omnino testis responsio non audiatur, etiam si præclare honore præfulgeat, *l. ius iurandi, C. de testi, & adiectum vnius dictum nullius*, y lo que junta Agustin Barbosa en la colectanea a esta ley, sin embargo es limitacion quando el testigo depone de hecho que el mismo tratò, como mediador, como lo fue el dicho Religioso, entre ambas ados partes, porque entonces se le dà tanta fee, que prueua plenamente, Agustin Barbosa *in collect. ad C. in omni negotio de testibus*, donde poniendo los casos en que plenamente prueua vn testigo, solo dize en el *nu. 26. Vigesimo quarto limita in teste, qui deponit de facto, quod ipse tracta-*

tractauit, tanquam mediator, quia plene probat Caputaq. *decis. 267.*

160 ¶ Pero ya que el dicho don Francisco no se pudo valer de que el dicho Religioso era su enemigo, porque era su Confessor, y que no auia otra demencia, ò landres, ò carbuncos, para dezir, que no estaua en su juyzio quando otorgò el dicho testamento del año de quarenta, ò quarenta y vno, le opone, que no tuuo licencia de su superior para testificar en juyzio, y que assi no lo pudo hazer, por ser requisito necessario, ex Farin. *de testib. quæst. 60. num. 467. & quæst. 62. nu. 126.* Thesaur. *quæst. Forens. lib. 4. quæst. 35.* Pater Andræas Melfesi *in sua summa, tractat. 73. capit. 2. num. 532.*

161 ¶ Y fuera de auer presentado licencia de su Prouincial, como consta de la que està en los autos, quãdo no lo huuiera hecho, adhuc, erat testis integræ fidei omni exceptione maior, porque la mas corriente opinion es, y mas practicable, que los Religiosos sin licencia puedan testificar, y que la licencia, potius ex consilio, quam ex precepto servatur, Hector Capicio Latro *tom. 2. consult. 14. ex num. 116.* ibi: *Et tamen, etiam in iudicijs communis est conclusio, quamuis Religiosi testimonium proferre, absque superioris licentia non possint, attamen si de facto testificatur, non redditur nulla depositio,* vt tenuit Abb. *in dict. cap. cum nuntius, num. 4. de testib.* vbi etiam Aretin. *num. 151. Qui hanc leuem solemnitatem appellat potius ad decentiam, & honorem Religionis requisitam, & propterea ex eius omissione actus non vitiatur,* sequitur Felin. *in dict. cap. cum nuntius, num. 3.* idem tenet Mantic. *decis. 352. num. 17.* ex adverse allegata Guazin. *de defension. reor. defens. 13. cap. 1. nu. 11.* Corneo *cons. 153. num. 33. lib. 1.* cui non contradicit ipsemet *in cons. 176. in fin. lib. 3.* quin mo id confirmat Farinac. *dict. quæst. 62. num. 134.* Carauita *dict. ritu 144.* Silvan. *cons. 16. lib. 1. Et istam licentiam potius de consilio, quam de præcepto servari*

uari, dixit Aretin. *in consi. 159.* & Carauit. *dict. ritu 144. num. 4.*

162 ¶ Y en la *consult. 15.* en el *num. 114.* dize, que en caso q̃ se requiera licencia, sufficit tacita licet de ea, non appareat, igitur nullius momenti est oppositio dicti D. Francisci.

163 ¶ Y finalmente concluye nuestra prouança con otra declaracion no menos abonada que las referidas, que es la del hijo de el dicho don Francisco, que dexaua declarado todas las vezes que hazia viage, que la dicha isleta de casas le pertenecia a su tio, nuestra parte, para que si muriesse en qualquiera de los viages se le restituyesse a su tio, por la parte que a el le tocaua. Esta declaracion està prouada con dos testigos, que se lo oyeron dezir al mismo hijo de don Francisco, que prueuan plenamente quando deponen de oydas a aquel mismo que haze qualquier acto de que se trata, Farin. en el tratado *de testib. quæst. 69. n. 71.* con otros muchos que refiere.

164 ¶ Y aunque se podrà valer la parte del dicho don Francisco, que la tal confession no le puede perjudicar, conforme a los fundamentos de que se valiò para la de la dicha doña Catalina, que quedan referidos en el quarto articulo, desde el num. 149. a que le podiamos responder con lo mismo que alli queda dicho, sin embargo esta declaracion aun es de mayor fuerça, y fundamento.

165 ¶ Porque no es verosimil, que si no fuesse cierto, que la dicha isleta le tocasse a nuestra parte, se auia de querer perjudicar, y priuarse de lo que le podia tocar en dicha isleta, por fauorecer a su tio. Es bien singular el lugar del señor don Ioseph Vela en la *dissert. 38. num. 38. vsque ad 40.* donde auiendo hecho vna muger, y sus hijos vna declaracion en perjuyzio de su dote, y legitimas, a fauor de vn tercero, se dudaua, si estas valian en perjuyzio de otro, lleua, que si, dando esta razon, ibi: *Nulla igitur ratio patitur, vt præsu-*

præsumamus vxorem, & filios Francisci à se perpetuo abdicaturos ius pro ipsorum dote, & legitima eis ad reditum illum regium competens si verè non cognouissent, cum ad Franciscum, & eius hæredes re vera pertinuisse, prout à matre, & à patre fuerat declaratum (como en los terminos de nuestro caso lo declarò el dicho don Francisco, padre del declarante, para que en todo se adeque este lugar) *sed id potius fecisse, vt eius exonerarent conscientiam, prout iure tenebantur, cap. si Episcopum 3. in fin. 16. quæst. 6. cap. fin. de sepulturis, cap. in litteris de raptoribus, cap. tua nos de vsuris, aliàs namque sibi potius, quam hæredibus Francisci proficere vellent, iuxta vulgare aliud iuris axioma, quod charitas benè ordinata incipit à se ipso, &c.*

166 ¶ Y en particular, si la declaracion està adminiculada con conjecturas, y presunciones, porque entonces corre con menos duda el que perjudique a tercero, Noguerol *allegat. 20. num. 68.* con otros muchos que refiere el señor don Ioseph Vela *in dict. dissert. num. 40.* Ya se aurà reconocido por la prouança que queda referida, y ponderada, si està bien adminiculada la declaracion del hijo del dicho don Francisco, y cōsiguientemente, si se ha justificado por tantos medios la intencion de nuestra parte.

ARTICVLO QVINTO.

167 SOLO responderè a dos, ò tres particulares, con que pretende el dicho don Francisco en su prouança desvanecer la verdad de la nuestra, diziendo, que dicha isleta le tocò, y perteneciò por adjudicacion que se le hizo en las cuentas, y particiones, que por muerte de los dichos sus padres se hizieron entre el padre de la nuestra, y los demas sus hermanos, y que con este titulo las ha posseydo mas de quarenta años, y que assi se presume la diuision por el trans-

curso de tanto tiempo, ex glos. *in l. si maior, C. communi diuidundo*, Anton. Gabriel *comm. conclus. lib. 1. tit. de præsumptionib. conclus. 1. num. 28.* Menoch. *cons. 87. num. 77. lib. 1. & de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 33. num. 26.* Anton. Thesaur. *decis. Pedemont. decis. 205. ex num. 1.* Gam. *decis. 146. num. 1. & decis. 320. num. 5.* Fontanel. *de pact. nupt. clausul. 4. glos. 9. part. 2. à num. 116.* August. Barbos. *in collect. ad dict. l. si maior*, con otros muchos que refiere.

168 ¶ Pero aunque esta presuncion que sacan los Doctores de la dicha *l. si maior*, sea cierta, y q̃ la tengan por presuncion iuris, sin embargo no es de tanta fuerça que no admita presuncion en contrario, nam præsumptiones, præsumptionibus tolluntur, *l. Diuus, ff. de in integ. restit. min. l. quidam testamento, ff. de vulg. & pupill. subst. l. 1. C. qui, & aduersus quos, l. fin. C. de instit. & substit. cap. tuas de sponsalibus, cap. afferte de præsumpt.* Farin. *in praxi crimin. part. 3. quæst. 86. num. 102.* Stephan. Gratian. *disceptat. Forens. tom. 5. cap. 824. num. 6.*

169 ¶ Y entre las presunciones que ponen para que no se presuma hecha la diuision, y particion, es la que afirma Valasc. *de partit. cap. 38. num. 9.* ibi: *Item non erit leuis præsumptio in contrarium si alius frater longe ad fuerit per illud totum, vel ferè totum temporis spatium, vt non possit, & imputari, quod rem suam non petierit.* Como se le podrà imputar a nuestra parte el no auer pedido esta isleta, auiendo estado tanto tiẽpo ausente en seruicio de su Magestad, como suficientemente lo tiene prouado, y no lo niega la parte contraria?

170 ¶ Fuera de que esta opinion es por el derecho comun, pero no corre por leyes de nuestro Reyno, pues por ellas, siue contra absentes, siue contra presentes, nunca se prescriue la diuision, *l. 8.* vers. *Quando quier que viniere el hermano, tit. 6. lib. 3. fori, l. 5. tit. 31. lib. 3. ordinam,*

qua

quæ est, l. 5. tit. 15. lib. 4. noua Recopilat. ibi: *Maguer, que el vno de ellos sea tenedor de la cosa, no se puede defender por tiempo, que no dè su derecho a cada vno de los otros, quando quier que se la demandare.*

171 ¶ Y asi por estas leyes dize que està derogado la glossa de la *l. si maior*, Perez *in dict. l. ordinam, glos. 1. in princ.* & in Addit. à Did. Segur. *in l. Imperator ad Trebell.* vers. *De iure tamẽ regio*, Villalobos *in Ærario comm. opinion. litter. D. num. 99.* vers. *Nota istas*, conque no tiene lugar la prescripcion que se opone; fuera de que, quomodocumque sit, que se huuiessen hecho las particiones, ò que no se huuiessen hecho, la pretension de nuestra parte es, que por auer quedado menor se entrò en todos los bienes que le tocauan de su legitima paterna, sin titulo que para ello tuuiesse, pues en caso que se huuiessen hecho las particiones, no es dudable en ellas sacaria la dicha isleta como por donacion que se le auia hecho al dicho su padre.

172 ¶ Y para corroboracion de dicha diuision, y particion, se vale la parte contraria del testamento que otorgò su padre el año de 14. en que les encarga a sus herederos, que partan igualmente, y sin pleytos, y entre los bienes que declara por suyos, dize tiene vnas casas frontero de las principales, libres de todo tributo, de donde saca vn argumento, que si las huuiera donado, no las tuuiera por suyas.

173 ¶ A que se responde, que tambien puso por bienes suyos las casas principales en que fundò el mayorazgo a fauor del padre de nuestra parte, lo qual no deuiò hazer, segun el argumento de la contraria, no siendo suyas, fuera de que lo vno, ni lo otro no le puede perjudicar a nuestra parte, porque la descripcion que haze el testador en su testamento de sus bienes, jurando que son suyos, y que no tiene mas que aquellos, no les puede perjudicar a los acreedores, como lo

es nuestra parte, por la donacion que se le hizo à su padre, y la descripcion tan solamente obrarà entre sus herederos, sin la calidad de ser sus acreedores, y assi esto no obstante podràn prouar lo contrario los interessados, como lo tiene hecho nuestra parte; son textos expressos, *Authent. de iure iurando à testatore præstito propter mensuram suæ substantiæ, collat. 5. cap. 2. Authent. quod obtinet, C. de probation.* con quien concuerda la *l. fin. part. 3. tit. 18.* August. Barbos. *in collect. ad dict. Authent. quod obtinet*, con infinitos Autores que refiere.

174 ¶ La razon mutuaron las dichas Authenticas, *ex l. exemplo, C. de probat.* ibi: *Exemplo perniciosum est, vt ei scripturæ credatur, qua vnusquisque sibi annotatione propria debitorem constituat, l. inter chartulas de conueniendis fisci debitoribus, lib. 10.* D. D. Ioseph Vela *dissert. 38. num. 6.*

175 ¶ Fuera de que antes el dicho padre de la parte contraria, abuelo de la nuestra, hizo la dicha descripcion legalmẽte, pues no ignoraua que la isleta que donò, y los demas bienes le auian de traer a colacion, y particion entre los demas sus herederos, para que partiessen igualmente en lo restante de su herencia, conforme a la l. 29. de Toro, ibi: *Quando algun hijo, ò hija viniere a heredar, ò partir los bienes de su padre, ò de su madre, ò de sus ascendientes, sean obligados ellos, y sus herederos a traer a colacion, y particion la dote, y donacion propter nuptias, y las otras donaciones que huuiere recebido de aquel cuyos bienes vienen a heredar, &c.* Con que respeto de esta obligacion legal puso entre los demas bienes aquellos que auia donado, assi propter nuptias, como los del vinculo, de que resulta quedar desvanecido el argumento de que se vale la parte contraria.

176 ¶ Valese assimismo la parte contraria de vnas escrituras que presentò, concluso ya este pleyto, por las quales parece, que por el

año

año de 601. y 603. el dicho Christoual Marrufo, abuelo, y padre de las partes, arrendò la dicha isleta de casas, con que se supone, que tenia el dominio, y la possession dellas, pues las arrendaua, y estos arrendamientos fueron despues de hecha la la donacion, con que se reconoce ser incierto el dezir, que las donò, y que intervino la tradicion dellas, pues si las huuiera donado, y entregado no las pudiera locar.

177 ¶ A que se satisfaze, que fuera de que por auerse presentado ya concluso el pleyto no se les deue dar fee, ni credito, por el *capit. cap. expresso. in cap. cum dilectus 9. cum materia de fide instrument.* Zeuall. *comm. contra comm. quæst. 650.* & relati ab August. Barbos. *in collect. in dict. cap.* no tienen tanta fuerça estos instrumentos que puedan desvanecer toda la prouança de nuestra parte referida, pues antes dos testigos solos della son bastantes para impugnarlos. Bolverè a repetir el lugar del señor Presidente Couarr. *practicar. cap. 20. sub num. 6.* que es bien singular, ibi: *Quod in instrumentum publicum etiam, cui fuere plures testes inscripti poterit duobus tãtum fidedignis, omnique exceptione maioribus, quoad eius seriem improbari, licèt ij testes non sint ex illis, qui de scripti sunt in eodem instrumento, &c.*

178 ¶ Ademas, que por solo el arrendamiento, ni se prueua la possession, ni la propiedad, ex *cap. expresso, in cap. inter dilectus 6. de fide instrument.* ibi. *Per instrumentum verò locationis, nec est vtique probata proprietas, cum ad probationem rei propriæ, siue ad defensionem non sufficit facta locatio.*

179 ¶ Texto mas expresso, y que aprieta mas, pues habla en caso de que el arrendamiento se huuiesse hecho a aquel que despues saliò diziendo, que tenia el dominio, *in l. ad probationem 23. C. de locato, & conducto,* ibi: *Ad probationem rei propiæ seu defensionem, non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio cæperit contendere,* Seraphin.

O *decis.*

decis.2.num.2.& decis.896.num.2. Cyriac. Nig. *lib.1.controuers.10.* Posth. *de manutenendo, obseru. 24.nu.9.* Matute *disquisit. legal. disquisit. 31. nu. 49.* Y la razon que dan es: *Quia res etiam aliena locari potest, ex l.nemo, C. de locat.*

180 ¶ Pues para que se prueue la possession contra vn tercero es necessario, que el que arrendò percibiesse las pensiones, y alquileres del arrendamiento, Natta *cons. 50. nu. 19. lib. 1.* Anton.Gab. *comm.opin.tit.de locato, conclus. 4.num. 16.* Rota in Rom. seu Alanen. *decis.16. Iunij 1619. coram R.P.D. Pirouano*; y no consta, que el Padre de la parte contraria percibiesse pensiones algunas para prouar la possession, porque para el dominio no es bastante el percebir las pensiones, ex traditis ab Augustin. Barbos. *in collect. in dict. cap. inter dilectos*, vbi copiosè. Con que quedan desvanecidos los instrumentos de locacion de que se vale el dicho don Francisco.

181 ¶ En quanto a la demas prouança contraria no insistirè en desvanecerla, porque ella misma lo esta, quando algunos testigos deponen contra las mismas declaraciones de el dicho don Francisco, por cuya causa, no solo se les deue dar credito, pero antes padecen la nota de falsedad, porque las declaraciones, y confessiones es el mayor genero de prouança, que no solo sobrepuja a la presuncion, iuris, & de iure, si no que es de tanta fuerça, que preualece a mil testigos que depongan lo contrario, Paulo Rub. *cap. 22. num. 3. & 4.* ibi: *Et vbi est confessio, ibi est omne genus probationis, superatque præsumptionem iuris, & de iure, quæ sic potens, vt præualeat etiam depositionibus mille testium contrarium testificantium*, ex allegatis per Crauet. *de testib. conclus. 4. num. 77.* & dixit Rota *coram bon.mem. Gregorio 15. decis. 357. num. 3.* Beltram. in Addit. *litter. B. decis. 214. num. 4.* coram Vrgelin. vers. *Qui confessi.*

182 ¶ Y en el *num. 19. eodem cap.* ibi: *Confessio partis præualet mille testibus, imò, & quod plus est testes dicuntur falsi, quando deponunt contra*

tra

tra principalis confessionem, &c. Y de aqui naze, que no se pueden cõcordar los testigos que contra confessionem partis deponen; idem Rubeo *in num.* 5. Farin. *quæst.* 65. *part.* 2. *num.* 101.

183 ¶ Tampoco me embaraçarè en disputar, si la donacion de mejora de tercio, y quinto pudieron ambas consistir, pues las declaraciones del dicho don Francisco estàn clamando que si, con las de su hermana, y hijo, fuera de que si no pudieron consistir en las cuentas que dize el dicho don Francisco se hizieron, no es dudable que la dicha isleta la sacaria el padre de nuestrà parte por su legitima, que es lo mas verosimil, y que no lo huuieran declarado si no fuera en esta conformidad, y de todo nos sacara de la duda el dicho don Francisco, si huuiera exhibido las cuentas el dicho don Francisco, que con los demas papeles ha ocultado, como bastantemente està prouado, por saber con euidencia que eran contra su pretensiõ. Y mas no tratandose oy del juyzio de particion, que era donde se podia ventilar las dos donaciones, si no se trata de vna rei vindicacion, que no admite esta disputa.

SEGVNDO PVNTO.

184 QVE por ser posseedor de mala fee el dicho don Francisco de la isleta de casas, deue con ella restituyr todos los frutos, y rentas que nuestra parte tiene liquidados desde el dia que sin titulo legitimo que tuuiesse se introduxo en la possesion de ellas, y que no se han de compensar algunos con los reparos que pretende auer hecho.

185 ¶ Concluyò nuestra parte su demanda, pidiendo se condenasse la contraria a la restitucion de dicha isleta, y à los frutos, y rentas que de ellas huuiesse percebido, ò podido percebir; desde el dia que se introduxo en la possession sin titulo que para ello tuuiesse, hasta la restitucion,

cion, como possèedor que es de mala fee, que es vno de los requisitos que pone Paz *in praxi, tom. 3. §. 3. ex num. 17.* para que legitimamente se concluya la demãda de rei vindicacion, *ex l. fructus 34. ff. de rei vindicat. & ex l. si nauis, §. fin. ff. eod. tit. ex l. 39. tit. 28. part. 3.* Dom. Præses Couarr. *lib. 1. variar. cap. 3. num. 1. & 6.* y otros Autores que cita Faria en las adiciones a Couarr. *in dict. cap. 1.*

186 ¶ Que el dicho don Francisco sea posseedor de mala fee, de la prouança que queda referida se verifica, porque la mala fee no es otra cosa que ciencia de la cosa agena, vera, vel presumpta, segun la difine Casanate *cons. 23. ex nu. 16.* ibi: *Nam mala fides nihil aliud est quam sciẽtia rei aliena vera, vel præsumpta, &c.* Y que la tuuiesse, non præsumpta, sed verâ, el dicho don Francisco bastantes muestras ha dado en las declaraciones que ha hecho en sus testamentos, y de las demas prouanças que califican su mala fee, y mas auiendo ocultado los instrumentos por dõde podia venir en conocimiento de la mala fee con que posseìa, que es vno de los modos con que se prueua.

187 ¶ Idem Casanate *in dict. num.* ibi: *Probatur enim mala fides nondum quando quis scit rem esse alienam, qui est casus clarissimus, vt in præsenti, sed etiam si sola adsit scientia præsumpta, vt in eo qui verosimiliter scire potuit, vel debuit ex scripturis apud eum existentibus, & fraudulenter occultatis. Paria enim sunt, quod ad inducendam malam fidem, scire, vel scire posse, vel debere, &c.* Y cita a Barthol. Cœpol. Alex. Menoch. y Mascard. que son de este sentir.

188 ¶ Assentado de que el dicho don Francisco es posseedor de mala fee, deue restituyr todos los frutos que ha percebido, ò podido percebir; son textos expressos *el §. si quis à non domino. Instit. de rer. diuis.* ibi *Et verò qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est.*

Ita-

Itaque cum fundo etiam fructus licèt consumpti sint cogitur restituere, text. *in l. qui scit 25. ff. de vsuris, & fructibus.*

189 ¶ Text. *in l. domum quam, C. de rei vindicat.* Que por comprehender casi los terminos de nuestro caso, refiero sus palabras, ibi: *Domum quam ex matris successione ad te pertinere, & ab adversa parte iniuria occupatum esse ostendis*, (esto es lo que dize nuestra parte) *Præses Prouinciæ* (con V. S. habla el texto) *cum pensionibus quas percepit, aut percipere poterat, & omni causa damni dati restitui iubebit, eius autem, quod impendet* (para los gastos que pretende ha hecho). *rationem habens non posse merito rescriptū est cum malæ fidei possessores, eius quod in rem alienam impendunt non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerit* (luego se verà los que ha hecho el dicho don Francisco.)

190 ¶ *Leg. certum est 22. C. de rei vindicat. l. 39. tit. 28. part. 3. in fin.* Zeuallos *comm. contr. comm. quæst. 499. à princip.* Cauedo *decis. 69. num. 1. part. 1. à num. 2.* Dom. Castill. *lib. 5. de coniect. cap. 135. num. 67.* Dom. Valenç. *cons. 196. num. 21. & 22.*

191 ¶ Y que estos frutos se ayan de restituyr en la ley vindicacion, desde el dia que se introduzen con mala fee en la possession, como lo hizo don Francisco desde el año de 15. D. D. Iuan de Solorçan. *de Indiar. gouernat. lib. 2. cap. 29.* donde auiendo dicho en el num. 23. *Quod post litem contestatam possessores in mala fide constituuntur.* En el num. 26. dize, ibi: *Quod maximè procedit in iudicijs restitutorijs in quibus etiam à dies occupationis fructus venire solent, l. qui restituere, ff. de rei vindicat. l. videamus,* vers. *Nam, & verbum restituere, ff. de vsuris, l. ex diuerso, §. 1. ff. de rei vindic.* ibi: *Non debere enim lucro possessoris cedere fructus cum victus sit, & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim pos-*

 ses-

ſeſsionem reſtituiſſet. Palabras ſon bien elegantes, &c. Idem Caſanate *in dict. conſ. 23. n. 16. in princ.*

192 ¶ Ni obſtarà el dezir, que los frutos que ha percebido en el diſcurſo de quarenta años, aun quando no tuuieran derecho, eſtauan preſcriptos, pues con ſolo tres ſe perciben, *ex l. ſequitur, §. fructus, ff. de vſuris*, Peregrin. *de fideicomm. artic. 49. num. 124. & 125.*

193 ¶ Porque para que corra la preſcripcion de los frutos ſe requierẽ tres coſas eſſenciales. Primo, titulus. Secundo, bona fides. Tertio, continuata poſſeſsio. Y al dicho don Franciſco le faltan los dos. Titulo, porq̃ ſin niguno ſe entrò en la isleta. Secundo, bona fides, porq̃ el lo tiene declarado, Bald. *conſ. 13. in fin. lib. 1.* Barbat. *conſ. 81. n. 11. cum ſequent. lib. 3.* Crau. *conſ. 116. nu. 6.* Socin. *conſ. 82. num. 14. in fin. lib. 4.* Socin. iun. *conſ. 117. num. 24. lib. 1.* Pariſ. *conſ. 26. nu. 24. lib. 1.* Ferret. *conſ. 235. num. 10. & ſeqq.* Rim. iun. *conſ. 31. num. 154.* Cephal. *conſ. 161. num. 31.* Honded. *conſ. 30. num. 68. & 69. lib. 1.* Cæſar de Graſ. *deciſ. 43. num. 11.* D. D. Ioann. del Caſtill. *in dict. cap. 135. num. 67.* ibi: *Vbi etiam, quod poſſeſſor malæ fidei omnia damna illata reſtituit, l. domum, C. de rei vindicat.* ibi: *Nec præſcriptione aliqua quoad fructus, prout nec etiam quoad rem ſe tueri poteſt, quia nullo tempore præſcribit.*

194 ¶ Ioann. Garcia *de expenſis, & meliorat. cap. 23. ex num. 42.* lleua, que malæ fide poſſeſſor teneatur reſtituere fructus etiam conſumptos, ſiue habet titulum, ſiue non, y pondera la *l. 39. tit. 18. part. 3.* in verſ. *E ſi por ventura huuieſſe mala fee comprado la coſa, ò en auiendola en otra manera.*

195 ¶ Y mas en conſideracion de que la dicha isleta era legitima del padre de nueſtra parte, y conſiguientemente nueſtra, y la legitima ſiempre ſe reſtituye con frutos, ſine vlla mora regulari, vel irregulari, Dom. Caſtill. *de aliment. cap. 43. num. 9.* Merlin. *de legitim. lib. 2. tit. 1.*

quaſt.

quæst. 1. ex num. 3. En tanto grado, que aunque los frutos estèn consumptos à bonę fidei possessore, Dom. Valenç. Velazq. *cons. 129. nu. 37. & 38.*

196 ¶ Los frutos, ò las pensiones ciuiles, hablando en mas propios terminos, que el dicho don Francisco ha de restituyr a nuestra parte, son los que tiene liquidados por ocho testigos, que deponen, que la dicha isleta ha rentado, y podido rentar vn año con otro 430. ducados, por tener mucho precio las dichas casas en dicha ciudad de Cadiz, y estar en buen sitio, conforme a lo que se han acostumbrado arrendar, a cuyo modo de deponer, en materia de liquidacion, se deue estar, Bald. *cons. 323. in fin. libr. 1.* Rota coram Cocc. *in alleg. decis. 9. num.* 10. & coram Burat. *decis. 173. num. 10.* Anton. Thomat. *decis. 273.* Y por ser de dificultosa prouança la liquidacion, aun son bastantes las conjecturas para que se prueue la cantidad referida, por estar dichas casas, como queda referido, en buen sitio, y assi se les dà fee, y credito a los testigos que deponen de auditu, & credulitate, Seraphin. *decis. 955. num. 3. & decis. 1295. nu. 7.* Rota *in recent. part. 1. decis. 343. num. 5.* Natta *in cons. 510.* Caball. *decis. 586. num. 2.* Burat. *dict. decis. 173. num. 5. & seqq.* Ludouis. Posth. *resolut. 113. num. 80. & 81.* Grasis *decis. 22.*

197 ¶ Ni a esto puede obstar el dezir, que cinco testigos deponen de 400. ducados, y vno de 330. y que en concurso destas deposiciones se deue estar a la menor suma, *ex l. diem proferre, §. si plures, ff. de recept. arbit. & l. inter pares, ff. de re iudicat. & l. Sempronius Proculo, ff. de legat. 2. & ex l. 26. tit. 11. part. 5. cap. 16. tit. 22. part. 3.*

198 ¶ Porque aunque es verdad que ay controuersia grande entre los DD. a que suma se ha de estar quando se depone en la conformidad referida, que refieren Hermosi. *in l. 56. tit. 5. part. 5. glos. 6. ex num. 150.* Noguer. *allegat. 18. ex nu. 16.* porque vnos dizen, que se ha de estar a la mayor; otros a la media; otros a la infima suma; lo cierto

es,

es, y corriente, que quando es mayor el numero de testigos que depone de la mayor suma, que los que deponen de menor, se ha de estar a los de mayor, Herm. *in dict. glos. 4. nu. 225.* ibi: *Secundò, si duo testes, ex tribus rem quindecem valere deponant, & aliter decem testimonio duorum standum est, argum. l. ius iurandi, (de testibus, cap. licèt vniuersi, eodem dict. l. fin. C. de fideicom.* Salicet. *in l. 2. C. de rescind. vendit.* vers. *Sed tùnc*, Clemens. *num. 341.* Pinel. *3. part. cap. fin. num. 10.* Noguer. *dict. allegat. 18. num. 19.* De que resulta, que auiendo ocho testigos que deponen de la cantidad referida, se ha de estar a ellos, y no a los que deponen de menor cantidad.

199 ¶ Pero se opondrà a todo lo referido, que corrian juridicamente las doctrinas si el dicho don Francisco fuera posseedor de mala fee, pero no tansolamente no lo es, sino antes la possession que tiene es justificada; pues authore prætore possidet, respecto de que se le amparò en la possession en el juyzio possessorio que al principio se intentò, quo titulo bonæ fidei possessor iudicatur, y assi haze los frutos suyos, & ad restitutionem non tenetur, *ex l. iuste possidet, vulg. ff. de acq. possess. ex l. 4. § fin. ff. fin. regund. l. bonæ fidei emptor, ff. de acq. rer. dom.* Curt. senior *cons. 71.* Afflict. *decis. 168. num. 2.*

200 ¶ En tanto grado, que aunque parece sin titulo, ò con titulo invalido, posseyendo con el de la autoridad del Pretor, non fuisset adstrictus ad restitutionem fructuum perceptorum, Petr. Surd. *cons. 115. num. 1. ex l. quæsitum, in fin. ff. de acq. rer. dom.* Menoch. *de recuper. rem. 15. n. 582.*

201 ¶ Vlterius, que aunque despues se reuocasse la sentencia en cuya virtud se possee, & reducatur ad irritum, attamen non tenetur fructus restituere, Boer. *cons. 65. num. 24.* De que resulta, que aunque en este juyzio tiene nuestra parte sentencia en fauor (y espera la de reuista) con ella no ha constituydo a el dicho don Francis-

co

co en mala fee, para que restituya los frutos.

202 ¶ Sed hoc fundamento, non obstante, la verdadera opinion, y mas assentada, y practicable es, que todas las vezes que se reuoca la sentencia en virtud de que alguno possee, queda cõstituydo en mala fee, y deue restituyr los frutos que ha percebido; la razon es, porque aquel titulo se reduxo ad non titulum, & causa, ad non causam, quamuis iudicis authoritate in possessionem missus fuerit, Dom. Salgad. *de Reg. protect. part. 4. cap. 14. ex num. 140.* ibi: *Sed contrariam sententiam* (auiendo puesto los fundamentos contrarios referidos) *& opinionem longe de iure veriorem, receptioremque existimo, imò quod sententia, aut executione irrita, & reuocata, cuius causa, & contemplatione, quis posidebat rem cum fructibus restituere teneatur.* Et in num. 42. *Hinc fit, quod quando titulus reducitur ad non titulum, & causa, ad non causam, res cum fructibus restituitur à possessore.* Et in nu. 44. *Hinc etiam est, quod quando possessionis apprehensio per aliquem facta ad non possessionem reducitur; tunc res ipsa cum fructibus interim perceptis; quamuis iudicis authoritate in possessionem missus fuerit restituitur.* Y para comprouacion destas conclusiones, congerit multas authoritates, quas breuitatis causa omitto.

203 ¶ Pero replicatase por la parte contraria, que estas doctrinas, tunc habent locum, quando en vn mismo juyzio se dieron las sentencias, pero nõ quando en diuersos, como en nuestro caso, pues el ampararle en la possession fue en vn juyzio possessorio, y la sentencia de vista en vn petitorio, & nihil cõmune habet propietas cum possessione, fuera de que las doctrinas hablan de fructibus interim perceptis, desde que entrò en la possession, iudicis authoritate, pero no de los frutos, que ante possessionem titulatam authoritate iudicis se percibieron.

204 ¶ Y para satisfazer a esta replica es necessario suponer la question (que es de nuestro

caso que toca el señor don Iuan del Castill. *lib. 5. de coniect. cap. 135.* cuyas palabras de la question son: *Is denique qui in remedio possessorio, siue in iudicio tenutæ, aut in iudicio visionis sententiam pro se habuit, & postmodum in iudicio proprietatis, siue in reuisionis iudicio fuit condemnatus, à quo tempore teneatur fructus restituere, §. vltim. epigrafe huius capitis.*

205 ¶ Y auiendo desde el nu. 57. hasta el 68. ventilado esta materia, la resuelve con esta distincion, que si se reuoca la sentencia en vn mismo juyzio, en virtud de la qual, aliquis possidebat, que entonces, tenetur restituere fructus, por las razones que alega el señor Salgad. quia titulus reducitur ad non titulum, & causa reducitur ad non causam.

206 ¶ Pero quando son en distintos juyzios, como en el possessorio, y en el petitorio, como en nuestro caso, entonces el que obtiene en la possession, aunque despues tenga sentencia en contra en la propriedad, entonces no tiene obligacion a restituyr los frutos, si no desde el dia de la contestacion en la propriedad, no los frutos que percibiò desde el acto de la possession, hasta la litis contestacion.

207 ¶ Pero todo esto con esta limitacion, que si antes de la possession titulada, y de la litis contestaciõ estuuo constituydo en mala fee, deue restituyr todos los frutos desde el dia que se introduxo a la possession, cum mala fide, vel a la detentacion, ibi: En el num. 66. vers. *Ego verò in medio, aliàs si in mala fide versatus fuit, etiam ante litem contestatam deberet fructus restituere à tempore possessionis, vel detentationis, vel quo eos percepit, idque, siue habeat titulum, siue non, si in mala fide sit, quia malæ fidei possessor omnes fructus per eum perceptos, etiam consumptos, & tam naturales, quam industriales restituet, &c.*

208 ¶ Porque el amparo q̃ se le diò de la possession al dicho don Francisco tan solamente

pudo

pudo constituyrlo posseedor de buena fee desde el instante que fue amparado, para los frutos que despues percibiere, pero no lo pudo hazer posseedor de buena fee en aquellos que antes del amparo auia percebido, porque los frutos que vienen iure actionis, como la rei vindicacion, estos no puede el juez por la possession quitarselos al señor del dominio, y assi en la sentencia que se da a fauor del, se le deuen restituyr liquidados, Surd. *cons. 293. num. 203. & 204.* Rimin. iun. *cons. 346. num. 22. & 23.* Giurb. *decis. 89. num. 9.*

209 ¶ Y mas en consideracion de auerseſele reservado a nuestra parte su derecho a salvo, para q̃ pidiesse (lo q̃ oy haze) lo q̃ a su derecho cõviniesse, la qual reserva no solo no le quitò el derecho a los frutos, si no antes se lo conservò como el derecho para lo petitorio, pues alias nullius momenti esset reservatio, Bald. *in Authent. inter dicimus, C. de Sacrosanct. Ecclesi.* Franch. *decis. 437. in fin.* Cephal. *cons. 441. num. 99. vol. 3.* Crauet. *cons. 144. num. 15.* Capicio Galeota *contro vers. 6. nu. 37. & 38.* y otros que cita Noguerol *allegat. 25. num. 142.*

210 ¶ De que resulta, que no es de fundamento el pretender, que porque le amparassen en la possession no deua restituyr los frutos que antes del amparo percibiò con mala fee.

211 ¶ Oponese tambien por parte del dicho don Francisco, que dado caso que sea malæ fidei possessor, y que la clausula en que declarò que la dicha isleta tocaua a su sobrino fuesse valida, que attamen no tiene obligacion a la restitucion de frutos, porque en ella pide, y suplica a su sobrino, que se aya bien con sus primas, y que no les pida los frutos que ha percebido de la dicha isleta, porque quedan pobres; y nuestra parte acetò con dicha calidad la declaraciõ contenida en la clausula, pues acceptans actum cum omnibus suis qualitatibus acceptare videtur, *ex l. cum ab vno in princip. ff. de legat. 2. l. qui tutelam, ff. testam.*

tut. l. si compensandi, ff. de hered. instit. cap. officij extra de testam. Dom. Castill. *contr. lib. 5. cap. 107. num. 68. & seqq.* Surd. *cons. 42. num. 4.*

212 ¶ *Non enim vnam partem agnoscere, & aliam reprobare licèt, l. cum quaeritur, ff. de administrat. tut. Aceptareque debet, quis in totum, aut in nihilo, l. nam absurdum 7. ff. de bon. libert. l. si ita stipulatio 39. in fin. ff. de oper. libert.* Surd. *cons. 52. num. 4. & cons. 107. num. 1.*

213 ¶ A que se responde, que dichas doctrinas, y acetacion corren, rebus sic stantibus, porque qualquiera obligacion, y acetacion entãto tiene fuerça, en quanto correspectiuamente, vnusquisque adimplet, lo que tiene por obligacion, etiam, aunque la acetacion vallata sit iuramento, *ex l. quod seruus, ff. de condit. ob causam, l. continuus, § cum quis, ff. de verbor. obligation. l. quaero, § inter locat. ff. locat.* Dec. *cons. 338.* Socin. *cons. 22. num. 18. vol. 4.* Mandel. *cons. 302. num. 9. & cons. 555. num. 24.* Hyppolit. *cons. 76. num. 31. vol. 1.* Crauet. *cons. 91. num. 4.* Surd. *de alim. tit. 2. quaest. 15. num. 187.* Riccio *in collect. 1771.* Steph. Gratian. *disceptat. Forens. cap. 96. num. 33.* Rota *decis. 606. num. 1.* apud Farin. *collect. 1. nouis.* Cald. Pereyr. *in respons. pro Duce Pastrana, num. 6. & in respons. pro D. Roderico à Silua, vers. Ad hac,* Tiraquell. *in tract. cessante causa, num. 225. Et fuit decisum in Placentina donationis, seu prouisionis 20. Iunij 1588. coram Gipsio.*

214 ¶ Y el dicho don Francisco no ha cumplido por su parte entregando la dicha isleta, antes le ha puesto el litigio presente, y si la restituye no serà ex actu voluntario, si no ex necessario, veluti per sententiam, nam iudicium in invitum redditur, *ex l. inter stipulantem 83. ff. de verbor. obligat. § 1.* Ademas, que la intencion de nuestra parte no estriua tan solamente en dicha declaracion, porque no la necessitaua, auiendo hecho la prouança con que justifica este pleyto.

215 ¶ Vlterius, que la parte contraria

no

no podia intentar este derecho, pues la accetacion no se hizo a fauor suyo, sino a la de sus primas, que no han salido en este juyzio, y esto se auia de entender quando nuestra parte le pidiesse en virtud de la clausula la dicha isleta a sus primas, que entonces podrian salir exceptuando con la accetacion, y assi para con el dicho don Francisco, liberas ædes habeo, por ser derecho de tercero.

216 ¶ Y finalmente pretende el dicho don Francisco, que dado caso, que se ayan de restituyr estos frutos, ha de sacar primero las impensas que tiene hechas en la isleta, y retencion por las mejoras, y lo vno, y lo otro se le deue denegar. Lo primero, porque las mejoras que haze el posseedor de mala fee ceden en la vtilidad del dueño, es texto expresso *in l. domum quam, C. de rei vindication.* ibi: *Eius autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est, cum malæ fidei possessores eius, quod in rem alienam impendunt non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullã habeant repetitionem, ratio est, quod qui in alieno meliorationes, sciens facit videtur donare, illaque prorsus cedunt domino rei melioratæ, ex l. adeò 7. §. ex diuerso, ff. de acq. rer. dom. l. sij 5. C. de ædificijs priuatis, l. 42. tit. 28. part. 3.* Menoch. *de præs. lib. 3. præsumpt. 32. in princip.* Marescot. *cap. 112. num. 10.*

217 ¶ Y deste principio naze, que dado caso, que aya hecho algunas mejoras (porque en la verdad no las tiene hechas, antes lo contrario deponen los testigos contestes de nuestra prouança) dellas deue restituyr los frutos que ha percebido, y esta es la mas corriente, y practicable opinion, Dom. Couarr. *variar. resolut. lib. 1. cap. 8. nu. 4.* Menoch. *de adipiscend. rem. 15. num. 609.* Negusant. *de pign. part. 5. memb. 4. num. 20.* Capic. *decis. 92. num. 10.* Valasc. *de iure emphiteut. quæst. 25. num. 26.* Barbos. *in l. diuortio, §. fin. num. 52. & 53.*

& 53. Hieronym. Gab. *conf. 151*. Thom. Sanchez. *oper. Moral. tom. 1. lib. 2. cap. 23. num. 105*. Greg. Lopez *in l. 41. glos. 5. in fin. tit. 28. part. 3*. Con que en quanto a estas mejoras està excluyda la intencion del dicho don Francisco.

218 ¶ Pero en quãto a las expensas necessarias, no es dudable q̃ si huuiera prouado algunas, las deuia sacar, *ex dict. l. domũ*, ibi: *Nisi necessarios sumptus fecerint*, ex latè traditis ab August. Barbos. *in collect. adhùnc, &c.* Y assimismo compensarlas con los frutos que auia percebido, pero no se han prouado liquidamente quales sean las que se han hecho, ni el valor de ellas, ni lo deponen los testigos, como se reconoce de su prouança, y assi no se puede dar compensacion de cosa iliquida, â liquido, como lo es lo que de los alquileres està liquidado por nuestra parte, *ex l. compẽsationem 14. C. de compensation.* ibi: *Si causa, ex qua compensatur liquida sit, l. 20. tit. 4. part. 5.* Surd. *decis. 184. num. 6.* Anton. Fab. *in suo, C. sub hoc tit. diffinit. 10.* Barbos. *in l. diuortio 8. §. donationes, num. 30. & 31. ff. solut. matrim.* Gaspar Rodrig. *de annuis reddit. lib. 2. quaest. 18. nu. 10.* Donell. *comm. iur. ciuil. lib. 16. cap. 15. col. 10.* vers. *Haec de rebus ad compensationem*, Cacheran. *Pedemont. decis. 92. nu. 33.* Gutierr. *de iuram. confirmat. part. 3. quaest. 6. num. 2.* Dom. Larrea *decis. 87. ex num. 12.*

219 ¶ De que resulta, que no auiendo prouado cosa liquida, assi en las mejoras, como en las impensas, no se puede en la sentencia compensar mejoras, ni impensas, que su valor no està liquidado con las pensiones de la dicha islera, y frutos que lo estàn, y consiguientemente que de todos los fundamentos referidos consta la justificacion de la intenciõ, con q̃ nuestra parte ha salido a este juyzio, y quan sutiles son los medios, con que la contraria quiere desvanecer sus mismas declaratio-

raciones. Conque esperàmos del dignissimo arbitrio de V.S. el que confirme la sentencia de vista en lo que es fauorable, y la enmiende, y supla, en quanto no se condenò a la parte contraria en todos los frutos, que estàn liquidados, pues le assiste en todo a nuestra parte tantos fundamentos juridicos. Salva in omnibus V. D. C.

do

Lic. Don Diego de Morales y Frias.